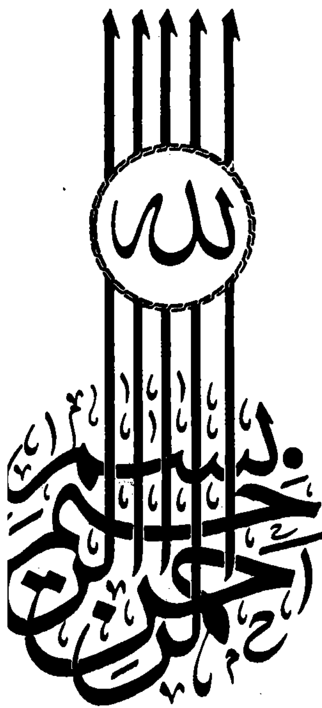
جمهورية مصر العربية
وزارة الأوقاف
المجلس الأعلى للشئون الإسلامية

موسوعة الفقه الإسلامي

الجزء الخامس

يصدرها المجلس الأعلى للشئون الإسلامية

القاهرة
١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م


بسم الله الرحمن الرحيم

أرحام

التعريف اللغوى :

قال ابن الأثير [١] : ذوو الرحم هم الاقارب ويقـع على كل من يجمـع بينـك وبينـه نسب وقال الأزهـرى : الرحـم القـرابة تجمـع بنى أب ، وبينهمـا رحـم — أى قرابة قريبـة — ومنـه قول الله عـز وجل « واتقـوا الله الـذى تسـاءلون بـه والارحام » [٢] .

التعريف الشرعى :

ويطلـق فى الشرع على ذى القـرابة مطلقـا كما فى اللغـة لكنه فى مصـطلح « الفـرائض » كل قريب ليس بذى سـهم . أى ذى فـرض مقـدر فى كتاب الله تعـالى أو سـنة رسـوله أو اجمـاع الأمـة ولا عصـبة تحرز المـال عنـد الانفراد [٣] .

(١) لسان العرب للامام العلامة ابن منظور الطبعة الاولى مادة « رحم » طبع دار صـادر بيروت للطباعة والنشر سنة ١٣٧٤ هـ .
(٢) الآية رقم ١ من سورة النساء .
(٣) شرح السراجية لعلى بن محمد الجرجانى ص ١٦٣ طبـع مصطفى البابى الحلبى واولاده بمصر سنة ١٣٦٣ هـ .

مـذهب الحنفية :

ذوو الأرحـام أصـناف أربعـة :

الصنف الأول ينتمى : أى ينتسب الى الميت وهـم أولاد البنـات وان سـفلوا ذكورا كانوا أو اناثا وأولاد بنـات الابن كذلك .

والصنف الثـانى : ينتمى اليهـم الميت وهم الأجـداد السـاقطون أى الفـاسدون وان علوا كأب أم الميت وأب أب أمه والجدات السـاقطات أى الفـاسدات وان علون كأم أب أم الميت وأم أم أب أمه .

والصنف الثـالث : ينتمى الى أبوى الميت وهـم أولاد الأخـوات وان سـفلوا ، سواء كانت تلك الاولاد ذكورا أو اناثا وسـواء كانت الأخـوات لاب وأم أو لأب أو لام وبنـات الأخـوة وان سـفلن ، سـواء كانت الأخـوة من الأبوين أو من أحـدهما أو بنـو الأخـوة لأم وان سـفلوا وانمـا أطـلق الأخـوات والأخـوة فى المثـالين السـابقين ليتنـاولا جميع أقسامهما كمـا ذكرنا .

والصنف الرابع : ينتمى الى جـدى الميت وهمـا أب الاب وأب الأم أو جـدتيه وهمـا أم الأب وأم الام ، وهم العمات على الاطلاق فانهن أخـوات لاب الميت فان كن أخـوات له من الأبوين أو من الأب فهن منتميات الى جد الميت من قبـل أبيه ، وان كن أخوات له من أمـه فهن منتميات الى جدته من قبـل

أبيه والاعمـام لام فانهـم أخـوة لابيه من أمـه فهم أيضـا منتمون الى جـدة الميت من قبل أبيـه واعتبر فى الاعمـام كونهم لام لان العـم من الابـوين أو من الاب عصـبة والأخـوال والخالات فانهم أخـوة وأخـوات لأم الميت فان كانـوا من أبيهـا وأمهـا أو من أبيهـا فهم منتمون الى جـد الميت من قبـل أمـه وان كانوا من أمهـا كانوا منتمين الى جـدته من قبـل أمـه ، فهـؤلاء المـذكورون فى أمثـلة الاصـناف الاربعـة وكل من يدلى الى الميت بهـم من ذوى الارحـام ، والمراد بمن يدلى بهـم ما يتنـاول من أشرنا اليهـم بقولنـا وان عـلوا وان سـفلوا فى الاصـناف الثـلاثة ويتنـاول أولاد الصـنف الـرابع [١] ، ولا يشـمل هـذا البيـان كل ذوى الأرحام اذ الطبقـات العليـا ممن ينتمـون الى الأجـداد والجـدات من جهـة الأم يدخلون أيضـا فى ذوى الأرحام .

مذهب المـالكية :

ذوو الارحام هم أقارب الميت الذين ليسوا من العصبة وليس لهم سـهم مقدر ، يقول الدردير [٢] : المراد بذوى الارحام من لا يرث من الاقارب كالعمـة وبنـات الاخ وكل جدة أدلت بأنثى والخالات وأولاد الجميع .

مذهب الشـافعية :

ذوو الارحام يراد بهـم هنـا من ليسوا من أصحـاب الفروض ولا العصـبات وهم أبو الأم وكل جـد وجـدة سـاقطين كأب أب الأم وأم أب الام وهـؤلاء صـنف وأولاد البنـات ذكورا واناثا ومنهـم أولاد بنـات الابن وبنـات الاخـوة مطلقـا وأولاد الاخـوات مطلقـا وبنـو الاخـوة لام وبناتهم والعـم للأم وبنـات الاعمـام والعمـات والاخـوال والخـالات والمـدلون بهم عـدا أب الأم وكل جـد وجـدة ساقطين لأن الام تدلى بهـم وهى ذات فرض [٣] .

مذهب الحنـابلة :

ذوو الارحام هم الأقارب الذين لا فرض لهـم ولا تعصيب وهم أحـد عشر حيزا : ولد البنـات وولد الاخوات وبنـات الاخوة وولد الاخوة من الأم والعمـات من جميـع الجهـات والعم من الأم والاخوال والخالات

(١) السراجية ص ١٦٦ ، ص ١٦٧ الطبعـة السابقة .

(٢) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد جـ ٢ ص ٣٣٣ الطبعة الاولى سنة ١٣٢٩ هـ طبع مطبعة الجمالية بمصر .

(٣) نهاية المحتاج الي شرح المنهاج لابن شهاب الدين الرملى وحاشية الشبراملسى عليه جـ ٦ ص ١٠ ، ص ١٢ طبع مطبعةمصطفىالبابىالحلبى وأولاده بمصر سنة ١٣٥٧ هـ ، والمهـذب لابى اسحاق الشيرازى جـ ٢ ص ٣١ طبع مطبعـة عيسى البابى الحلبى وشركاه بمصر،ومغنىالمحتاج الى معرفة الفـاظ المنهـاج للخطيب الشربينى وبهامشـه متن المنهاج للنووى جـ ٣ ص ٦ ، ص ٧ طبع المطبعة الميمنية بمصر سنة ١٣٠٨ هـ ،

وبنــات الاعمــام والجد أبو الام وكل جدة أدلت بأب بين أمين أو أب أعــلى من الجــد فهــؤلاء ومن أدلى بــهم يســمون ذوى الأرحام[١] .

مذهب الظــاهرية :

ما فضــل عن ســهم ذوى الســهام وذوى الفرائض ولم يكن هنــاك عاصب ولا معتق ولا عاصب معتــق ففى مصالح المســلمين لا يرد شىء من ذلك على ذى سهم ولا على غير ذى ســهم من ذوى الأرحام اذ لم يوجب ذلك قرآن ولا ســنة ولا اجمــاع[٢] .

مذهب الزيدية :

وذوو الارحــام هــم أولاد البنت وأولاد بنت الابن وأولاد الأخت وبنــات الأخ وبنات ابن الأخ وأولاد الأخ لأم والعمــة وبنت ابن العــم والأخــوال والخــالات وأبــو الأم وأخــوال الأب وأب أم الأب . وقال وكل جــدة أدرجت أبا بين أمين أو أمــا بين أبوين فهى من ذوى الأرحام[٣] .

مذهب الامامـيــة :

يعتبر الامامية أن المرتبة الثــالثة من مراتب الوارثين بالنســب القــرابة ، الاعمـــام والأخــوال . يقول صاحب الروضــة ميراث الأعمــام والأخــوال وأولادهم وهــم أولوا الأرحام اذ لم يرد على ارثهــم فى القــرآن نص بخصوصهــم وانمــا دخلوا فى آية أولى الأرحام[٤] .

مذهب الاباضــية :

جاء فى النيــل وشرحه وذوو الارحام هــم القــرابة الذين لا فرض لهــم أصــلا ولا عصــوبة[٥] .

ارث ذوى الارحام

أما ارثهم فقد بين فى الكلام على مصطلح ارث « راجع ارث » .

الارحام وتغسيل الميت والصــلاة عليه

مذهب الحنفية :

أرحام الميت لا يختصــون بحــكم خاص بالنسبة لتغســيله لان الحــكم مبنى على وجــود النوع فالذكر يغســل الذكر والانثى تغســل الانثى أما اذا لم يوجــد النــوع فقــد قال فى البــدائع[٦] : ان وجــد رجل

(١) المغنى لابن قدامة على مختصر ابى القاسم الخرقى يليه الشرح الكبير على متن المقنع لابى عمر بن قدامة المقدسى حـ ٧ ص ٨٢ ومابعدها طبع مطبعة المنار بمصر فى ســنة ١٣٤١ هـ الطبعــة الاولى .

(٢) المحلى لابن حزم الظاهرى حـ ٩ ص ٣١٢ مسألة رقم ١٧٤٨ طبع مطبعة النهضــة بمصر الطبعة الاولى سنة ١٣٤٧ هـ .

(٣) كتاب البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الامصار للمرتضى حـ ٥ ص ٣٧٠ طبع مطبعــة السعادة بمصر الطبعة الاولى سنة ١٣٦٦ هـ .

(٤) الروضة البهية شرح اللمعــة الدمشقية للشهيد الجبعى العاملى حـ ٢ ص ٣٢٠ طبع مطابع دار الكتاب العربى بمصر ، والمختصر النــافع فى فقه الامامية لأبى القاسم نجم الدين جعفر ابن الحسن الحلى ص ٣٦٥ الطبعة الثانية طبع مطبعة وزارة الاوقاف سنة ١٣٧٧ هـ .

(٥) كتاب شرح النيل وشفاء العليل لمحمد بن يوسف اطفيش حـ ٨ من ٤١١ الى ص ٤١٧ طبع بمطبعة ابن يوسف البارونى وشركاه .

(٦) بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للكاسانى حـ ١ ص ٣٠٥ ، ص ٣٠٦ الطبعة الاولى طبــع مطبعة الجمالية بمصر سنة ١٣٢٨ هـ .

ميت بين نسـاء وليس معهن رجل مسـلم ولا كافر فانهن لا يغسـلنه سـواء كن ذوات رحـم محـرم منـه أو لا ، لأن المحـرم فى حـكم النظـر الى العـورة والأجنبيـة سـواء ، فكما لا تغسـله الأجنبيـة فكذا ذوات محارمه لكن ييممنه وهنـا يكون للرحم المحـرم ما ليس لغـيره فقـد قال صاحب البـدائع : غير أن الميممة اذا كانت ذات رحم محـرم منـه فانهـا تيممه بغير خرقة وان لم تكن ذات رحم محـرم منه تيممه بخـرقة وكذلك الحـكم فى حـق المرأة التى تمـوت وليس معها امرأة • وقال ابن عابدين[1] : المحـرم لا يحتاج الى خرقة لانه يجوز له مس أعضاء التيمم بخلاف الاجنبى • وفى الفتاوى الهندية[2] : لو مات رجل فى السـفر ومعه نساء تيممه ذات رحم محـرم منـه بغير ثوب وغيرها بثوب •

أما من ناحية الدفن فان الارحام أولى من غيرهـم فقـد جاء فى الفتـاوى الهنـدية : وذوو الرحـم المحـرم أولى بادخال المـرأة القـبر من غـيرهم وكذا ذو الرحـم غير المحـرم أولى من الأجنبى كذا فى البـحر الـرائق •

وأما الصـلاة على الميت فقـد قال فى حاشـية الطحطاوى[3] : السـلطان أحـق بالصـلاة على الميت ثم نائبـه ثم القـاضى ثم صاحب الشرطة ثم خليفة الوالى ثم خليفة القـاضى ثم امـام الحى ثم الـولى الذكر ويقـدم الأقـرب فالاقرب كترتيبهم فى النكـاح • وعبـارة الدر المختـار[4] : بعـد السـلطان يقـدم الولى بتـرتيب عصـوبة النكـاح قال ابن عابدين فى حاشيته تعليقـا على ذلك فلا ولاية للنسـاء ثم قال : والظـاهر أن ذوى الارحـام داخـلون فى الولاية أما التعبير بالعصـوبة فذلك لاخراج النسـاء فقط فذوو الارحام أولى من الأجنبى وهو ظاهـر ويؤيده تعبـير الهـداية بولاية النكـاح • وفى الهـداية[5] قال : ولغـير العصـبات من الاقارب ولاية التزويج عنـد أبى حنيفـة • وقال صاحب فتـح القدير[6] : معنـاه عنـد عـدم العصـبات • وفى شرح العنـاية قال : يعنى كالأخـوال والخـالات والعمـات ثم عنـد أبى حنيفـة بعـد العصـبات الام ثم ذوو الارحام الاقـرب فالاقـرب • البنت ثم بنت الابن ثم بنت البنت ثم بنت ابن الابن ثم بنت بنت البنت ثم الأخت لاب وأم ثم الاخت لاب ثم الاخ والاخت لام ثم أولادهـم ثم العمـات والاخـوال والخالات وأولادهم على هـذا الترتيب ثم مولى الموالاة •• الخ وفى حاشية

(١) رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار لابن عابدين جـ ١ ص ٨٠٦ طبع المطبعة العثمانية بمصر دار سعادات سنة ١٣٢٤ هـ .

(٢) الفتاوي الهندية المسماه بالفتاوى العالمكرية وبهامشه فتاوى قاضيخان للاوزجندى جـ ١ ص ١٦٠ الطبعة الثانية طبع المطبعة الكبري الاميرية بمصر سنة ١٣١٠ هـ .

(٣) حاشية الطحطـاوى على مراقى الفلاح شرح نور الايضاح ص ٣٤٣ طبع المطبعة الازهرية المصرية سنة ١٣٢٨ هـ الطبعة الثانية .

(٤) الدر المختـار على حاشية ابن عابدين جـ ١ ص ٨٢٤ الطبعة السابقة .

(٥) فتح القـدير للامام كمال الدين المعروف بابن الهمام وبهامشه شرح العناية على الهداية جـ ٢ ص ٤١٣ الطبعة الاولى طبع المطبعة الكبرى الاميرية بمصر ١٣١٥ هـ .

(٦) المرجع السابق جـ ٢ ص ٤١٣ وما بعدها الطبعة السابقة .

سعد جلبى[1] قال : ذوو الارحام هنا ليس على مصطلح الفرائض بل على معناه اللغوى فان البنت وبنت الابن من أصحاب الفروض وكذا الاخوات ومما تقدم يؤخذ أن ذوى الارحام لهم حق الصلاة على الميت .

مذهب المالكية :

جاء فى الحطاب (٢) : أن الاولى بتغسيل الميت بعد الزوجين أقرب أوليائه على ترتيب ولاية النكاح وكذلك حكم التقدم للصلاة عليه . وفى التاج والاكليل قال اللخمى : الأولياء أولى بغسل الميت ثم أولاهم بغسله أولاهم بالصلاة عليه . وقال ابن بشير : المشروع أن يغسل الرجال أمثالهم والنساء أمثالهن وعند عدم الرجال مع الرجل وعدم النساء مع المرأة ينتقل الى المحرم . وقال مالك فى المدونة[3] : اذا مات الرجل فى سفر لا رجال معه ومعه نساء منهن ذات محرم منه أم أو أخت أو عمة أو خالة أو ذات رحم محرم منه فانهن يغسلنه ويسترنه قال وكذلك المرأة تموت مع الرجال فى السفر ومعها ذو محرم منها يغسلها من فوق الثوب وهذا اذا لم يكن نساء . وقال مالك : أسمعت من يقول من أهل العلم اذا مات الرجل مع النساء وليس معهن رجل ولا منهن ذات محرم منه تغسله يممنه بالصعيد فيمسحن بوجهه ويديه الى المرفقين ، وكذا المرأة مع الرجال الا أن الرجال لا ييممون المرأة الا الى الكفين فقط ولا يبلغ بها الى المرفقين . وفى بداية المجتهد[4] : أما مالك فاختلف قوله فى هذه المسألة فمرة قال ييمم كل واحد منهما صاحبه قولا مطلقا ، ومرة فرق فى ذلك بين ذوى المحارم وغيرهم ومرة فرق فى ذوى المحارم بين الرجال والنساء فيتحصل عنه أنه له فى ذوى المحارم ثلاثة أقوال : أشهرها أنه يغسل كل واحد منهما صاحبه على الثياب ، والثانى أنه لا يغسل أحدهما صاحبه لكن ييممه ، والثالث الفرق بين الرجال والنساء أعنى تغسل المرأة الرجل ولا يغسل الرجل المرأة فسبب المنع أن كل واحد منهما لا يحل له أن ينظر الى موضع الغسل من صاحبه كالاجانب سواء وسبب الاباحة أنه موضع ضرورة وهم أعذر فى ذلك من الاجنبى وسبب الفرق أن نظر الرجال الى النساء أغلظ من نظر النساء الى الرجال .

---

(١) حاشية سعد جلبى على شرح العناية حـ ٢ ص ٤١٣ الطبعة السابقة .

(٢) كتاب مواهب الجليل لشرح مختصر ابى الضياء خليل للحطاب وبهامشه التاج والاكليل للمواق حـ ٢ ص ٢١٢ طبع مطبعة السعادة بمصر الطبعة الاولى سنة ١٣٢٨ هـ .

(٣) المدونة الكبرى للامام مالك حـ ١ ص ١٨٦ طبع مطبعة السعادة بمصر سنة ١٣٢٣ هـ طبعة الساسى الطبعة الاولى .

(٤) بداية المجتهد ونهاية المقتصد حـ ١ ص ١٨١ الطبعة السابقة .

مذهب الشـــافعية :

الاصـــل فى تغســـيل الميت أن تغســـل المرأة المرأة وأن يغســـل الرجـــل الرجـــل والنـــوع يقـــدم على الزوج فى الاصـــح ، وذوات الارحام بالنســـبة للمـــرأة لهن حق التقـــدم على غيرهن وكذلك ذوو الارحام بالنســـبة للرجـــل لهـــم حـــق التقـــدم على غـــيرهم فقـــد جاء فى مغنى المحتـــاج : والأولى فى تغســـيل المـــرأة ذات محـــرمية وهى كل امرأة لو كانت رجـــلا لم يحـــل له نكاحهـــا بسبب القرابة لانهن أشـــــد فى الشـــفقة فان اســـتوت اثنتـــان فى المحرمية فالتى فى محـــل العصـــوبة أولى كالعمـــة تقـــدم على الخـــالة ثم يلى هؤلاء ذوات الارحام غير المحـــارم كبنت العم يقـــدم منهن القـــربى فالقـــربى ولابد أن يكـــون تحريمهـــا من جهـــة الرحم فلا تقـــدم بنت العم البعيـــدة اذا كانت أما أو أختـــا من الرضـــاع مثـــلا على بنت العم القريبـــة ولهـــذا لم يعتبروا الرضـــاع هنـــا بالكلية ثم قال : فاذا لم توجـــد امرأة ولو أجنبية فرجال القـــرابة من الابوين أو من أحدهمـــا كترتيب صـــلاتهم لانهم أشـــفق عليهـــا ويطلعون غالبا على ما لا يطلع عليـــه الغير الا ابن العم ونحـــوه وهو كل قريب ليس لمحـــرم فكالأجنبى [1] • وفى نهاية المحتاج : تقدم ذوات الارحام على ذوات الولاء فى غســـل الاناث لانهن أشـــفق منهن ولضعف الولاء فى الاناث [2] ، وكذلك الحـــكم فى الرجل مع الرجـــال لذوى الارحـــام حق فى تغســـيله فقـــد جـــاء فى نفس المرجـــع : وأولى الرجـــال بالرجـــل فى غســـــله اذا اجتمع من أقاربه من يصلح لغســـله أولاهم بالصـــلاة عليه •

وفى الصلاة على الميت قال فى مغنى المحتاج[3]: الجديد أن الولى أولى بالامامة فى الصلاة على الميت من الوالى فيقدم الاب ثم الجد •• الخ وبعد أن ذكر العصـــبات النســـبية قال : ثم ذوو الارحام يقـــدم الاقرب فالأقـــرب فيقدم أبو الام ثم الاخ للام ثم الخـــال ثم العـــم للأم ثم قال : والاخ للام هنـــا من ذوى الارحام بخلافه فى الارث وجـــاء مثل ذلك فى المجمـــوع : وممـــا تقـــدم يتبين أن ذوى الأرحام لـــهم حـــق التقـــدم فى غســـل الميت والصـــلاة عليـــه •

مذهب الحنـــابلة :

جاء فى كشاف القنـــاع[4] : وأولى النـــاس بغســـل الميت وصـــيه ان كان عدلا ثم أبوه وان عـــلا ثم ابنـــه وان نزل ثم الاقـــرب فالاقرب من عصـــباته نســـبا ••• الى أن قال ثم ذوو أرحامـــه كالاخ لام والجـــد لهـــا والعـــم لهـــا وابن الأخت ونحـــــوهم كالميراث • أما غســـل المرأة فقـــد قال فى المرجع نفســـه[5] : وغســـل المرأة أحـــق النـــاس به وصيتهـــا ثم أمهـــا وان علت

---

(١) مغنى المحتـــاج حـ ١ ص ٣٢٩ الطبعـــة السابقة .

(٢) نهاية المحتـــاج حـ ٢ ص ٤٤٣ الطبعـــة السابقة

(٣) مغنى المحتـــاج حـ ٢ ص ٣٤٠ الطبعـــة السابقة .

(٤) كشاف القناع على شرح منتهى الارادات لابن يونس البهوتى حـ ١ ص ٣٧٩ الطبعة الاولى طبع المطبعة العامرة الشرفية بمصر سنة ١٣١٩ هـ

(٥) المرجع السابق حـ ١ ص ٣٨٠ الطبعـــة السابقة .

ثم بنتهـــا وان نزلت ثم القـــربى فالقربى كالميراث ويقـــدم منهن من يقـــدم من الرجال فتقـــدم الأخت الشقيقة على الأخت لأب . وعمتهـــا وخالتهـــا ســـواء كبنت آخيها وبنت أختهـــا ثم قال وبعـــد ذوات الرحـــم الاجنبيـــات كمـــا فى الرجـــال ، وفى الشرح الكبير على المغنى [١] : بعـــد عصبة الرجل يقـــدم الرجال من ذوى أرحامـــه والحـــكم كذلك فى المـــرأة ثم قال[٢] : وكل من لهـــا رحم ومحرم بحيث لو كانت رجـــلا لم يحل له نكاحهـــا أولى بهـــا ممن لا رحـــم لهـــا وبعـــدها التى لهـــا رحم وليست بمحـــرم كبنات العم والعمات وبنـــات الخال والخالة فهن أولى من الاجانب ومن هذا يتضح أن ذوى الارحام لهم حق غســـل الميت بعـــد العصبـــات الاقرب فالاقرب حسب ترتيبهـــم فى الميراث .

وكل ما مـــر انمـــا هو فى الجنس مـــع الجنس أما اذا مات الرجـــل وليس معـــه رجال أو ماتت المرأة وليست معهـــا نســـاء فانه لا يجـــوز للرجـــل أن يغســـل المرأة ولا للمرأة أن تغســـل الرجـــل وان كن ذات رحم محـــرم وهـــذا قول أكثر أهل العلم [٣] ، أما الصـــلاة على الميت قال فى كشـــاف القنـــاع [٤] : الأولى بالصـــلاة على الميت بعد الوصى السلطان ثم نائبه الأمير ثم الحاكم ثم أقرب العصـــبة ثم ذوو أرحامه الأقرب فالأقرب كالغســـل .

مذهب الظاهـــرية :

وأحق الناس بالصـــلاة على الميت والميتة الاوليـــاء ، وهم الاب وآباؤه والابن وأبناؤه ثم الاخـــوة الاشـــقاء ثم الـــذين للأب ثم بنوهم ثم الاعمـــام للاب والام ، ثم للاب ثم بنوهم ، ثم كل ذى رحم محـــرم الا أن يوصى الميت أن يصلى عليـــه انســـان فهو أولى ثم الزوج ثم الامير أو القـــاضى فان صلى غير من ذكرنا أجـــزأ . برهان ذلك قول الله عز وجل « وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعـــض فى كتاب الله » [٥] وهـــذا عمـــوم لا يجوز تخصيصـــه [٦] .

مذهب الزيدية :

جاء فى البـــحر الزخار فى باب غسل الميت : وأقاربه أولى كالصـــلاة [٧] ، وفى باب صـــلاة الجنازة قال : والأولى بالامامة الامام وواليـــه فان كان لا امام فالاقـــرب الاقرب الصـــالح من العصـــبة [٨] ، وفى شرح الازهـــار بعـــد أن ذكر أن الاولى فى الصـــــلاة هم عصـــبة الميت بعـــد الامام قال عليـــه

(١) المغنى على الشرح الكبير حـ ٢ ص ٣١١ الطبعة السابقة .
(٢) المرجع السابق حـ ٢ ص ٣١٢ الطبعـــة السابقة .
(٣) المرجع السابق حـ ٢ ص ٣١٣ الطبعـــة السابقة .
(٤) كشاف القناع حـ ١ ص ٣٩٣ الطبعـــة السابقة .

(٥) الآية رقم ٧٥ من سورة الانفال ، والآية رقم ٦ من سورة الاحزاب .
(٦) المحلى لابن حزم الظاهرى حـ ٥ ص ١٤٣ ، ص ١٤٤ مسألة رقم ٥٨٤ الطبعة السابقة .
(٧) البحر الزخار حـ ٢ ص ٩٨ ، الطبعـــة السابقة .
(٨) المرجع السابق حـ ٢ ص ١١٤ الطبعـــة السابقة .

السـلام فان عدمت العصبة فالاقرب من ذوى رحمه اذ العلة القرب الا أنه جاء فى الارحام • ومن هذا يتبين أن ذوى الارحام لا يختصون بحكم خاص فى غسل الميت والصلاة عليه بل هم فى ذلك كالاجانب الا على الرأى الذى ورد فى شرح الازهار [١] •

مذهب الامامية :

جاء فى شرائع الاسلام : وأولى الناس بتغسيل الميت أولاهم بميراثه واذا كان الأولياء رجالا ونساء فالرجال أولى والزوج أولى بالمرأة من كل أحد فى أحكامها كلها ثم قال : ويجوز أن يغسل الكافر المسلم اذا لم يحضره مسلم ولا مسلمة ذات رحم وكذا تغسل الكافرة المسلمة اذا لم تكن مسلمة ولا ذو رحم ثم قال : ويغسل الرجل محارمه من وراء الثياب اذا لم تكن مسلمة وكذا المرأة ولا يغسل الرجل من ليست له بمحرم الا ولها دون ثلاث سنين [٢] وفى متن مفتاح الكرامة : ولذى الرحم تغسيل ذات الرحم من وراء الثياب مع فقد المسلمة وبالعكس مع فقد المسلم • قال فى الشرح هذا ما ذكره المصنف مما لم أجد فيه مخالفا .وهو مذهب علمائنا كما فى التذكرة وفى كشف اللثام : الظاهر انتفاء الخلاف فيه وأما أن ذلك عند فقد المسلم والمسلمة فهو المشهور كما فى الكفاية ثم قال : وأما وجوب كونه من وراء الثياب فلم أجد فيه مخالفا الا ما يظهر من الغنية حيث قال غسلته زوجته أو ذات أرحامه من النساء ولم يقيده بكونه من وراء الثياب وتبعه على ذلك صاحب المدارك والكفاية فصرحا بعدم اشتراط ذلك [٣] وفى كتاب من لا يحضره الفقيه سأل عمار بن موسى الساباطى عن الصبية لا تصاب امرأة تغسلها قال يغسلها أولى الناس من الرجال بها وسأل عن الرجل يموت فى السفر وليس معه رجل مسلم ومعه رجال نصارى وعمته وخالته مسلمتان كيف يصنع فى غسله قال تغسله عمته وخالته فى قميصه ولا يقربه النصارى ، وعن المرأة تموت فى السفر وليس معها امرأة مسلمة ومعها نساء نصارى ومعها عمها وخالها مسلمان فقال يغسلانها ولا تقربها النصرانية غير أنه يكون عليها درع فيصب الماء من فوق الدرع [٤] ، وبهذا يتبين أن ذوى الارحام لهم حق تغسيل الميت بعد من

---

(١) شرح الازهار المنتزع من الغيث المدرار فى فقه الائمة الاطهار للحسن ابن مفتاح حـ ١ ص ٤٢٧ ، ص ٤٢٨ الطبعة الثانية طبع مطبعة حجازى بمصر سنة ١٣٥٧ هـ .

(٢) شرائع الاسلام للمحقق الحلى حـ ١ ص ٣٤ طبع بمطبعة دار الحياة ببيروت سنة ١٢٩٥ هـ .

(٣) كتاب مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة لمحمد الجواد الحسينى العاملى حـ ١ ص ٤٢٠ طبع بالمطبعة الرضوية بمصر سنة ١٣٢٤ هـ .

(٤) من لا يحضره الفقيه لابى جعفر الصدوق محمد بن على بن الحسين القمى حـ ١ ص ٩٥ الطبعة الرابعة طبع دار الكتب الاسلامية مطبعة النجف سنة ١٣٧٨ هـ .

هم أولى منهم : فقد قال فى مستمسك العروة الوثقى . فى مراتب الاوليـــــاء الزوج أولى بزوجته من جميـــع أقاربها ثم بعــد الزوج المـــالك أولى بعبده ثم بعــد المـــالك طبقات الارحام بترتيب الارث فالطبقـــــة الاولى وهــم الأبوان والأولاد مقــــدمون عـــلى الثانيـــــة وهـــم الاخـــوة والاجـــداد والثانيـــــة مقــدمون عــلى الثالثــــــة وهــم الاعمــام والأخــوال ثم بعـــــد الأرحام المولى المعتق [1] .... الخ .

وكذلك الحـكم فى الصــلاة فقد جاء فى جواهـــر الكــــلام [2] : وأحق النـــاس بالصــــلاة على الميت أولاهـــم بميراثه ، وقــد اختلف فى المراد بالاولى هــل هــو على مــراد الارث أو على مــراد اللغـــة والعـــرف وبعــد كلام كثــير قال [3] : يحتمــــل قويا أن المراد بالولى هنــــــا مطلق الارحـــام والقـــرابة لا خصـــوص طبقـــــات الارث لكنــــا لم نجـــــد أحـــــدا صرح به ثم قـــال وفى المـــدارك أنه لا يبعـــد أن يراد بالاولى بالميت هنـــا أشـــــد النـــــاس به علاقة لأنه المتبادر وتبعـــه عليـــه بعض من تأخــر عنــه .

(١) مستمسك العروة الوثقى للسيد محســن الطباطبائى الحكيم حـ ٤ من ص ٣٥ الى ص ٤٥ طبع مطبعة النعمان بالنجف الطبعة الثانية سنة ١٣٨١ هـ . مسألة رقم ١ .

(٢) جواهر الكلام فى شرح شرائع الاســلام للشيخ محمد حسن النجفى حـ ٤ ص ٣١ طبـــع دار الكتب الاسلامية مطبعـــة النجف الطبعـــة السادسة سنة ١٣٧٧ هـ .

(٣) المرجع السابق حـ ٤ ص ٤٣ الطبعـــة السابقـــة .

مذهب الأباضـية :

والاصل عنــد الأباضية [4] أن يغســل الرجل الرجل والمرأة المرأة قال فى متن النيــل وشرحه يغسل الرجل برجال والمرأة بنســاء اتفــاقا ثم قال وهل تغســـــل المرأة منفردة مع رجـــال ليس فيهم زوجهـــا من فـــوق ثوب بأن يصب المــــاء على موضـــع النجس من فوق الثـــوب كعكســـــه وهو أن ينفرد رجـــل مع نســـاء ليست فيهن زوجتـــــه مطلقـــا ســـواء كان محـــرما لهـــــا أو غير محـــرم أو يصب عليهـــــا المـــــاء صـــــبا ثم قال : والظاهــر أن الأمر كذلك فى العكس فى هــذا القـــوم أو يتيمم لهـــا وتتيمم له فى العكس كذلك محرما لهـــا أو غير محرم ثم قال : وهـــل يكون التيمم من فوق الثـــوب أو يباشرون الوجــه واليـــدين أو لا يباشرون الا ان كن محـــارم ؟ أقوال مثارهـــا هـــل يجـــوز مس كل ما يجـــوز نظـــره أم لا يجوز ثم قال : أو تغســـل المـــرأة محـــرمها غير فرجيه لا عكســـه ؟ خلاف وقال أيضا : وان غسلت المرأة غير محرمهـــا ولو بحضرة الرجال فلا يعيـــدون غســـــله وقـــد أجزأهم قاله أبو العبـــــاس والظاهــــر أن العكس كذلك وقال [5] : وأولى بالأنثى غسلا عن محارمها

(٤) كتاب شرح النيل حـ ١ ص ٦٤٨ الطبعـــة السابقة .

(٥) المرجع السابق حـ ١ ص ٦٥٩ الطبعـــة السابقـــة .

زوجهـا أى أولى من الاناث المحـــارم لها فان لم يوجـــد الزوج فليغســـل المرأة النســـاء على الترتيب فى الحـرمة وذوات الحـرمة هن كل امرأة لو كانت رجـلا لم يحل له نكاحهـا بسبب القـرابة ثم الاجنبية بعـد القريبـة .

وبالنسبة للصـلاة على الميت فقـــال فى متن النيـل وشرحه [١] : أولى النـاس بالصـــلاة على الميت أبوه ثم الزوج ثم الابن ثم الأخ ثم العم ثم الأقرب فالاقرب ثم قال ولا يصـلى عليـه حتى يستأذن وليه ولو امرأة وكذا دفنه .

ومما تقـدم يتبين أن الارحـام لهم حق تغسـيل الميت النوع مع النوع والخـلاف الجارى انما هو مع عـدم وجود النوع وكذلك لهم حق الصـلاة اذا لم يوجـد من هم أولى منهـم .

عتق ذوى الارحـــام

مذهب الحنفيـة :

قال صاحب السراجيـة [٢] : من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليـه ويكون ولاؤه له ثم قال القـرابة ثلاثة أنواع .

وهى ذى الرحم المحرم من الولاء اما بطريق الاصلية كالأبوين . والأجداد وان علوا واما بطريق الفرعية كالأولاد وأولاد الأولاد وان سـفلوا فمن ملك واحـــدا من هؤلاء عتق عليـه اتفاقا .

الثانى المتوسطة : وهى قرابة المحارم غير العمودين أعنى قـرابة الأخوة والأخـوات وأولادهما وان سفلوا وقرابة الاعمام والعمات والاخوال والخالات دون أولادهـم ، ومن ملك واحدا من هذه المحارم عتق عليه أيضا .

الثالث البعيدة : وهى قرابة ذى الرحم غير المحرم كأولاد الأعمـام والأخوال فاذا ملك واحـدا منهم لم يعتق عليـه باتفاق . وفى الفتاوى الهندية [٣] أن من ملك واحـدا من الارحـام المحـارم عتق عليـه صـغيرا كان المـالك أو كبـيرا صحيح العقـل أو مجنـونا . كذا فى غاية البيـان . وأما من ملك من المحـارم الذين ليسوا بأرحـام فلا يعتقـون عليـه نحـو أن يملك زوجـة ابنه ، والارحام المحارم من الرضاع كذلك لا يعتقون عليه فالذى يعتق فقط هم الارحام المحـارم من النسب ولا فرق بين ما اذا كان المـالك مسـلما أو كافرا فى دار الاسـلام وكذا لا فرق بين ما اذا كان المملوك مسـلما أو كافرا كذا فى غاية البيـان فاذا ملك الحربى ذا رحم محـرم منـه فى دار الحـرب لم يعتق كذا فى الجوهـرة النيرة أما لو ملك الحربى قريبه الرحم المحرم ودخـل الينا بأمان عتق عليه كذا فى فتاوى قاضيخـان . ولو اشترى المملوك ولده لا يعتق عليـه كذا فى الجوهـرة النيرة . ولو اشـترى

---

(١) المرجع السابق حـ ١ ص ٦٧٩ ، ص ٦٨٠. الطبعة السابقة .

(٢) السراجيه ص ٧٩ ص ٨٠. الطبعة السابقة.

(٣) الفتاوى الهندية حـ ٢ ص ٧ ، ٨ الطبعة السابقة .

العبـــد المـــأذون ذا رحم محـــرم من ســـيده وليس عليـــه دين محيـــط عتق فان كان دين محيط يعتـــق عنـــــد أبى حنيفـــــة .

مذهب المـالكية :

قال مالك يعتق عليـك أبواك وأجـدادك لأبيك وأمك وجـداتك لأبيك . وأمك وولدك وولد ولدك واخواتك فأما من ســوى هؤلاء فلا يعتقون عليك . ولا يعتق عليـك ابن أخ ولا ابن أخت ولا خالة . ولا عمـة . ولا عم ولا خال . ولا أمة تزوجتها فولدت لك أولادا فاشتراها بعد ما ولدت فانها لا تعتق عليـه فى قول مالك . ولا يعتق عليك عنـــــد مالك الا من ذكرت لك ثم قال من ورث شقصـــا من ذوى رحم من المحـــارم الذين يعتقون عليـــه اذا ملكهم لم يعتق عليـــــه الا ما ورث من ذلك [١] .

مذهب الشـافعية :

اذا ملك أهل تبرع أصله أو فـرعه الثابت النسب عتق عليه أما الأصول فلقول الله تعالى : « واخفض لهما جناح الذل من الرحمة » [٢] ولا يتأتى خفض الجناح مع الاسترقاق ولمـا فى صحيح مسلم : « لن يجزى ولد والده الا أن يجـــده مملوكا فيشـــتريه فيعتقـــه أى فيعتقـــه الشراء لا أن الولـــد هو المعتـــق بانشـــائه العتـــق بدليـــل رواية : فيعتق عليـــا ، وأما الفـــروع فلقـــول اللـــه تعـــالى : « وما ينبغى للرحمن أن يتخـــذ ولدا ان كل من فى السموات والأرض الا آت الرحمن عبـــدا [٣] » . وقال تعـــــالى : وقالوا اتخـــذ الرحمن ولدا ســـبحانه بل عباد مكرمون [٤] دل على نفى اجتمـــاع الولدية والعبدية ويشمل الأصـــل والفـــرع فيمـا ذكر الذكور منهما والاناث علوا أو ســـفلوا ملكوا اختيارا أولا اتحـــد دينهمـــا أولا لأنه حـــكم متعلق بالقـــرابة فاســـــتوى فيـــه من ذكرناه وخـــرج من عـــــداهما من الأقارب كالأخـــوة والأعمـــام فانهـــم لا يعتقـــون بالملك لانه لم يرد فيـــه نص ولا هـــو فى معنى ما ورد فيه النص لانتفـــاء البعضـــية عنـــه وأما خبر من ملك ذا رحم محـــرم فقـــد عتق عليـــه فلم يصـــح عنـــدهم [٥] .

مذهب الحنـــابلة :

يحصل العتق [٦] اذا ملك الشخص ذا رحم محرم منه وهو الذى لو قدر أحـــدهما ذكرا والآخـــر أنثى حـــرم نكاحـــه عليـــه للنسب بخـــلاف ولـــد عمـــه وخاله ولو كان أخاه من رضـــــاع فانه لا يعتق عليـــــه بالملك وان كان ذا رحم محـــرم لأن تحريمه بالرضـــاع لا بالنسب ويعتق ذو الرحـــم المحـــرم وان كان مخالفا له فى الدين وسواء

---

(١) المدونة الكبرى للامام مالك حـ ٧ ص ٥٠ ، و ص ٥١ ، ص ١٢٤ .
(٢) الآية رقم ٢٤ من سورة الاسراء .

(٣) الآية رقـم ٩٢ ورقم ٩٣ من ســورة مريم .
(٤) الآية رقم ٢٦ من سورة الانبياء .
(٥) مغنى المحتاج حـ ٤ ص ٤٥٩ الطبعــــة الســـابقة .
(٦) كشـاف القناع حـ ٢ ص ٦٢٨ الطبعــــة السابقـــة .

كان الملك بميراث أو بيــع أو هبــــة أو وصـــية أو جعـــالة ونحوهـــا ، ولو كان ذو الرحم المحـرم المملوك حمـلا فانه يعتــق عليـــه أيضـــا كمـا لو اشترى زوجة ابنــه الامة التى هى حامل من ابنــه لحـديث الحسن عن سـمرة مرفوعا : من ملك ذا رحم محــرم فهو حر ، رواه الخمسة وحسنه الترمذى وقال العمل على هــذا عند أهل العلم ، أما ذو الرحم غير المحــرم فلا يعتق بالملك كابن عمه وعمته وولد خاله وخالته ومن ملك ســهما ممن يعتق عليــه كأبيـــه وابنــه وأخيــه وعمه بغير الميراث وهو موسر بقيمــة باقيـــة عتق عليـــه كل الذى ملك جزأه وان لم يكن موسرا بقيمة باقيـــه كله عتــق منــه بقــدر ما هو موسر به ، وان كان الذى ملك [1] جـزأ من رحمــه المحــرم معسرا فلم يملك من قيمة باقيــه شــيئا فاضــلا عن حاجتــه وحاجة من يمونه لم يعتق منــه ســـوى ما ملكه ، وان كان الذى ملك جزأ من رحمــه المحــرم قــد ملكه بالميراث ولو كان موسرا بقيمــة باقيــه لم يعتق عليـــه الا ما ملك منــه لأنه لم يتسبب الى اعتــاقه لحصــول ملكه بدون فعله .

مذهب الظاهــرية :

قال ابن حزم الظاهرى : من ملك [2] ذا رحم محرم فهو حر ساعة يملكه فان ملك بعضه لم يعتق عليــه الا الوالدين خاصة والأجــداد والجدات فقط فانهم يعتقون عليــه كلهم ان كان له مــال يحمـــل قيمتهــم فان لم يكن له مــال يحمـــل قيمتهــم استســعوا وهم كل من ولده من جهــة أم أو جدة أو جــد أو أب وكل من ولــده هو من جهــة ولــد أو ابنـــة والأعمــام والعمــات وان علوا كيف كانوا لأم أو لأب والاخوات والاخــوة كذلك ، ومن نالتــه ولادة أخ أو أخت بأى جهـــة كانت ، ومن كان له مال وله أب أو أم أو جــد أو جــدة أجبر على ابتيـــاعهم بأغــلى قيمتهــم وعتقهــم اذا أراد سيدهم بيعهــم فان أبى لم يجبر الســـيد عــلى البيع وان ملك ذا رحم غير محرم أو ملك ذا محــرم بغير رحم لكن بصــهر أو وطء أب أو ابن لم يلزمه عتقهم وله بيعهم ان شاء [3] .

مذهب الزيدية :

جاء فى شرح الازهار : من أسباب العتق ملك ذى الرحم المحرم نسبا ولو من زنا ولو اختلفت الملة كالآباء وان علوا والأولاد وان سفلوا والاخوة وأولادهم والأعمام والاخوال لا أولادهم فمتى ملكهم عتق عليه سواء كان الملك متنــاولا لجميعه أو بعضــه وســـواء دخل فى ملكه باختيــــاره كالشراء أو بغـــير اختيـــاره كالارث [4] .

مذهب الامامية :

جاء فى المختصر النافع : ولا يملك الرجل

(١) المرجع السابق حـ ٢ ص ٦٣٠ .
(٢) المحلى لابن حزم حـ ٩ ص ٢٠٠ مســألة رقم ١٦٦٧ .

(٣) المحلى حـ ٩ ص ٢٠٢ الطبعة السابقة .
(٤) شرح الازهار حـ ٣ ص ٥٦٦ الطبعــة السابقــة .

ولا المرأة أحد الأبوين وان علوا ولا الأولاد وان سـلفوا ولا يملك الرجل خاصـة ذوات الرحم من النسـاء المحرمات كالخالة والعمة والأخت وبنتهـا وبنت الاخ وينعتق هؤلاء بالملك ويملك غيرهم من الرجال والنساء على كراهية ويتأكد فى من يرثه [١] وقال فى كتاب الخلاف : ولا ينعتق الأخ وابن الأخ ولا العم ولا الخال ولا أولاد العم والعمة والخال والخالة ولا واحد من ذوى الارحام سـوى من ذكرناهم [٢] .

مذهب الاباضـية :

جاء فى جوهر النظام [٣] : أن من ملك ذا رحم محـرم منه عتق عليه كالآباء والأولاد والأخـوة والاخوال والاعمـام .

حكم الارحام بالنسـبة للخلوة والنظـر واللمس

مذهب الحنفيـة :

جاء فى البدائع [٤] فى ذات الرحم المحرم أنه يحل للرجل النظر من ذوات محارمه الى رأسها وشعرهـا وأذنيهـا وصدرها وعضدهـا وثديهـا وساقهـا وقدمهـا لقـول اللـه تبـارك وتعـالى : « وقل للمؤمنـات يغضضن من أبصـارهن ويحفظن فروجهن ولا يبدين زينتهن الا ما ظهـر منها وليضربن بخمرهن على جيوبهن ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن أو آبائهن أو آباء بعولتهن أو أبنائهن أو أبناء بعولتهن أو اخوانهن أو بنى اخوانهن أو بنى أخواتهـن أو نسـائهن أو ما ملكت أيمانهـن أو التـابعين غير أولى الاربة من الرجـال أو الطفـل الذين لم يظهـروا على عورات النسـاء ولا يضربن بأرجلهن ليعلم ما يخفـين من زينتهن وتوبوا الى الله جميعا أيها المؤمنـون لعلـكم تفلحون [٥] » نهاهن اللـه سـبحانه وتعـالى عن ابداء الزينة مطلقا واسـتثنى الله سـبحانه وتعـالى ابداءهـا للمذكورين فى الآية الكريمـة منهم ذو الرحـم المحـرم والاسـتثناء من الحظـر اباحة فى الظاهـر وكل مـا جـاز النظـر اليـه منهن من غير حائل جاز مسـه لأن المحرم يحتـاج الى اركابهـا وانزالها فى المسـافرة معهـا وتتعـذر صـيانة هـذه المواضـع عن الانكشـاف فيتعـذر عـلى المحـرم الصـيانة عن مس المكشوف ولأن حرمـة النظـر الى هـذه المواضع ومسـها من الأجنبيـات انمـا ثبت خوفا من حصـول الشـهوة الداعيـة الى الجمـاع والنظـر الى هـذه الاعضـاء ومسـها فى ذوات المحـارم لا يورث الشهوة لأنهما لا يكونان للشـهوة عادة بل للشفقة وهـذا اذا لم يكن النظـر والمس عن شهوة ولا غلب على ظنه أنه لا يشتهى فأما اذا كان

(١) المختصر النافع ص ٢٣٧ الطبعة السابقة.
(٢) كتاب الخلاف فى الفقه للامام ابى جعفـر الطوسى حـ ٢ ص ٦٥٠ وما بعدها الطبعة الثانية طبع مطبعة نابان بطهران سنة ١٣٨٢ هـ مسالة رقم ٤ .
(٣) جوهر النظام فى علمى الاديان والاحكام لابن حميد السللى ص ٢٩٣ طبع المطبعة العربية بمصر سنة ١٣٤٤ هـ .
(٤) بدائع الصنائع للكاسانى حـ ٥ من ص ١٢٠ الى ص ١٢٥ الطبعة السابقة .
(٥) الآية رقم ٣١ من سورة النور .

يشتهى أو كان غالب ظنـه وأكبر رأيه أنه لو نظر أو مس اشـتهى لم يجز له النظـر والمس لأنه يكون سـببا للوقوع فى الحـرام فيكون حراما ولا بأس أن يسـافر بهـا اذا أمن الشـهوة لما روى عن رسـول اللـه صـلى اللـه عليـه وسـلم أنه قال : لا يحـل لامرأة تؤمن باللـه واليـوم الآخـر أن تسـافر ثلاثا فما فوقهـا الا ومعهـا زوجهـا أو ذو رحم محـرم منهـا ولأن الذى يحتاج المحـرم اليـه فى السـفر معهـا فى الحمـل والانزال ، ويحـل له مسـها فتحل المسـافرة معهـا وكذا لا بأس أن يخـلو بهـا اذا أمن على نفسـه لأنه لما حـل المس فالخلوة أولى فان خاف على نفسه لم يفعل ، ولا يحل النظر الى بطنهـا وظهرهـا والى ما بين السرة والركبة منها وكذا مسـها لعموم قوله تعالى : « قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم ويحفظوا فروجهم ذلك أزكى لهم ان الله خبـير بمـا يصـنعون [١] » الا أنه سبحانه وتعـالى رخص النظر للمحـارم الى مواضع الزينـة الظاهـرة والبـاطنة بقـوله عز شـأنه : « ولا يبـدين زينتهـن الا لبعولتهـن أو آبائهن .. » الآية فبقى غض البصر عمـا وراءها مأمورا به واذا لم يحل النظـر فالمس أولى لأنه أقوى ولأن رخصـة النظـر الى مواضـع الزينـة للحـاجة التى ذكرناهـا ولا حاجـة الى النظـر الى ما وراءهـا فكان النظـر اليهـا بحق الشـهوة وأنه حـرام ، هـذا اذا كانت هـذه الأعضـاء مكشـوفة فأما اذا كانت مسـتورة بالثيـاب واحتـاج ذو الرحم المحـرم الى اركابهـا وانزالها فلا بأس أن يأخـذ بطنهـا أو ظهرهـا أو فخـذها من وراء الثـوب اذا كان يأمن عـلى نفسـه لما ذكرنا أن مس ذوات الرحم المحـرم لا يورث الشـهوة عادة خصوصـا من وراء الثـوب حتى لو خاف الشـهوة فى المس لا يمسـه وليجتنب ما استطاع وكل ما يحل للرجـل من ذوات الرحم المحـرم منـه من النظـر والمس يحل للمرأة ذلك من ذى رحم محـرم منها وكل ما يحـرم عليـه يحـرم عليهـا ، أما ذوات الرحم بلا محـرم فحكمهن حـكم الأجنبيـات الحـرائر لعمـوم الأمر بغض النظر والنهى عن ابداء زينتهن الا للمذكورين فى محل الاستثناء وذو الرحم بلا محرم غير مذكور فى المستثنى فبقيت منهيـة عن ابداء الزينة له وأما حكم الخلوة فى البيت ان كانت المرأة ذات رحم محـرم منـه فلا بأس بالخلوة والأفضـل ألا يفعـل لما روى عن عبـد اللـه بن مسـعود رضى اللـه عنهمـا أنه قـال : ما خـلوت بامرأة قط مخـافة أن أدخـل فى نهى النبى صـلى اللـه عليـه وسلم .

مذهب المـالكية :

جاء فى الحطاب [٢] : قال ابن عرفة : يرى

---

(١) الآية رقم ٣٠ من سورة النور .

(٢) الحطاب علي خليل حـ ١ ص ٥٨٠ الطبعة السابقـة .

الرجل من ذوات محارمه الذراعين والشعر وما فوق النحر ويجوز للمرأة أن تبدى للأب مالا تبديه لغيره وكذلك لابنها وقيد الباجى جواز النظر الى المحارم من غير شهوة ، وجاء فى الشرح الصغير [1] يجوز للمرأة الحرة نظر ما عدا ما بين السرة والركبة من محرمها ويجوز لها أيضا مس ذلك فالمحارم كل ما جاز لهم فيه النظر جاز المس من الجانبين أيضا ففى صحيح البخارى قبيل مقدم النبى صلى الله عليه وسلم المدينة أن الصديق رضى الله عنه قبل ابنته عائشة رضى الله عنها فى فمها .

مذهب الشافعية :

جاء فى نهاية المحتاج [2] : ويحرم على الرجل أن ينظر من ذات الرحم المحرم ما بين سرة وركبة لأنه عورة فيحرم نظر ذلك اجماعا ويحل نظر ما سواه حيث لا شهوة ولو كان كافرا لأن المحرمية تحرم المناكحة فكانا كالرجلين وامرأتين وقيل يحل نظر ما يبدو فى الخدمة وهو الرأس والعنق واليدان الى العضدين والرجلان الى الركبتين فقط اذ لا ضرورة لنظر ما سواه والأصح حل النظر بلا شهوة ولا خوف فتنة الا ما بين السرة والركبة : وفى كفاية الاخيار [3] : كما يجوز للمحرم النظر الى ذوات محارمه فانه يجوز له الخلوة بهن والمسافرة معهن ، وفى موضع آخر : ان لمس محرما فهل ينتقض الوضوء ؟ قولان ، احداهما ينتقض لعموم الآية والراجح أنه لا ينتقض لأن المحرم ليست فى مظنة الشهوة ، ويجوز أن يستنبط من النص معنى يخصص عمومه والمعنى فى نقض الوضوء كون غير المحرم فى مظنة الشهوة وهذا مفقود فى المحرم ولمس الرجل المرأة احترز به عما اذا لمس صغيرة لا تشتهى

مذهب الحنابلة :

جاء فى كشاف القناع والمنتهى [4] : يباح للرجل نظر الوجه والرقبة واليد والقدم والرأس والساق من ذات رحم محرم لقول الله تعالى : « ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن أو آبائهن أو آباء بعولتهن أو أبنائهن أو أبناء بعولتهن أو اخوانهن أو بنى اخوانهن أو بنى أخواتهن أو نسائهن أو ما ملكت ايمانهن أو التابعين غير أولى الاربة من الرجال أو الطفل الذين لم يظهروا على عورات النساء ولا يضربن بأرجلهن ليعلم ما يخفين من زينتهن وتوبوا

(١) بلغة السالك لاقرب المسالك للصاوى على الشرح الصغير للدردير حـ ١ ص ١٠٠ .

(٢) نهاية المحتاج حـ ٦ ص ١٨٥ الطبعة السابقة .

(٣) كفاية الاخيار فى حل غاية الاختصار للامام تقى الدين أبى بكر الشافعى حـ ١ ص ٣٥ طبع مطبعة عيسى البابى الحلبى وشركاه بمصر .

(٤) كشاف القناع على منتهى الارادات حـ ٣ ص ٦ وما بعدها الطبعة السابقة .

الى اللــه جميعـــا أيهـــا المؤمنـــون لعـلكم تفلحـون » قال القـــاضى : على هـــذه الرواية يبـــاح ما يظهـر غالبـــا كالرأس واليـدين الى المرفقين وذات المحرم هى من تحـرم عليـــه أبدا ، ثم قـــال : ولا تســـافر المســلمة مع أبيهـــا الكافـر لأنه ليس محـرما لهـــا فى السفر نصـــا وان كان محـــرما فى النظـــر ، والصـبى المميز اذا كان غير ذى شـــهوة فله نظـر ما فوق السرة وتحت الركبـــة لأنه لا شـــهوة له أشـــبه الطفـــل ، والمميـز ذو الشـــهوة كذى رحم محـــرم لأن اللـــه تعـــالى فرق بين البـــالغ وغيره بقـــوله تعـــالى : « واذا بـلغ الأطفـــال منكم الحلم فليســـتأذنوا [١] » ثم قال فى موضـــع آخـــر [٢] : وبنت تسع مع رجـل كذى رحم محـــرم لأن عورتها مخالفـــة لعورة البـــالغة وقد كره الامام أحمـــد مصافحـــة النســاء حتى المحرم وجوز لوالـــد ثم قال : ولا بأس للقادم من ســـفر بتقبيل ذوات المحـارم اذا لم يخف عـــلى نفســـه لمـــا ورد أن النبى صـــلى الله عليـه وسـلم قـدم من غزو فقبـل فاطمـــة رضى اللـــه عنهـــا لكن لا يفعله على الفم بل عـــلى الجبهـــة والرأس ونقل جـــرب فى من تضـــع يـــدها على بطن رجـــل لا تحـــل له قـــال : لا ينبغى الا لضرورة ونقـــل المروزى : تضـــع يـــدها على صـــدره قـــال : ضرورة ثم قـــال فى المغنى [٣] : ليس للانســـان النظـر الى ما يســـتتر غالبـــا من ذوات محـــارمه كالصـــدر والظهـــر ونحوهمـــا قال أبو عبـــد الله أنا أكـره أن ينظـر الرجـــل من أمـه وأختـه الى مثـل هـــذا والى كل شىء لشـــهوة وذكـر القـــاضى : أن حـكم الرجـل مـع ذوات محـــارمه حكم الرجـــل مع الرجـل والمـرأة مع المـرأة وقال أبو بكـر كراهيـــة أحمـد للنظـــر الى ســـاق أمـه وصدرهـــا على التوقى لأن ذلك يدعـــو الى الشـــهوة يعنى أنه يكره ولا يحـــرم ومنـع الحســـن والشـــعبى والضحـــاك النظـــر الى شـــعر ذوات المحـــارم فقـــد روى عن هنـــد ابنـــة المهلب قالت قلت للحســـن : ينظـــر الرجـــل الى قرط أختـــه والى عنقهـــا قال : لا ولا كـــراهة وقـــال الضحـــاك : لو دخلت علىّ أمى لقلت أيتهـــا العجـــوز غطى شـــعرك ثم قال : والصـــحيح أنه يبـــاح النظـــر الى ما يظهـــر غالبـــا ، وقال فى موضع آخـــر من المغنى [٤] : ان لمس الرجـــل المرأة ينقض الوضـــوء اذا كان بشـــهوة وأنه لا فرق بين الأجنبيـــة وذات المحـــرم والكبـــيرة والصغـــيرة لعموم النص .

---

(١) الآية رقم ٥٩ من سورة النور .

(٢) المرجع السابق حـ ٣ ص ٧ ، ص ٨ ، ص ٩ .

(٣) المغنى على الشرح الكبير حـ ٧ ص ٤٥٥ الطبعة السابقة .

(٤) المرجع السابق حـ ١ ص ١٩٥ .

مذهب الظاهـرية :

قال ابن حزم الظاهـرى [١] : وجائز لذى المحرم أن يرى جميع جسم محرمته كالأم والجـدة والبنت وابنـة الابن والخالة والعمـة وبنت الأخ وبنت الاخت وامرأة الاب وامرأة الابن حاش الدبر والفـرج فقط ، وكذلك النسـاء بعضـهم من بعض وكذلك الرجـال بعضـهم من بعض ، وقال فى موضـع آخـر من المحلى [٢] : وأما المـرأة التى لا زوج لهـا ولا ذا محـرم يحج معهـا فانهـا تحج ولا شىء عليهـا .

مذهب الزيدية :

جاء فى شرح الازهار [٣] وحاشيته : أعلم أنه يجوز للرجل النظر الى موضع الزينة من كل ذى رحم محـرم وهـو اليـدان الى المنـكبين والرجـلان الى الركبتـين والصدر والثديين اذا أمن على نفسه الشهوة وكذا يجوز النظـر الى الرأس والشـعر منهن ، ويحـرم نظـر العـورة المغـلظة وكذا البطـن والظهـر ، وفى التـاج المذهب [٤] : أنه يحـرم نظـر البطن والظهـر وهو ما حـاذى البطن والصـدر ويحـرم النظـر الى مـا تحت الابط تغليبـا لجـانب الحظر ويجـوز له النظـر الى مواضـع الزينـة منهـا ممـا عـدا ذلك وهى اليـدان الى المنكبـين والرجـلان الى الركبتـين والصدر والثـديان والرأس وشـعره ، وما جاز النظـر اليـه من المحـارم جـاز غمزه ولمسـه ودهنـه وكل ذلك مع عدم الشـهوة فهـذه عورة المرأة مـع محرمهـا ، أما عـورته معهـا فكعـورة الرجـال مـع الرجـال لعـادة المسلمين أنهم لا يسـترون ظهـورهم ولا بطونهـم عن محارمهـم وكما يحـرم النظـر الى هـذه الاعضاء من المحـرم يحـرم لمسها ولو بحـائل اذا كان رقيقـا يدرك معه حجم الجسـم ، فأما اذا كان غليظـا لا يدرك معـه حجم الجسـم جـاز أن يلمس ما يحـرم لمسـه ، وفى موضـع آخـر من التـاج [٥] قال : وتجـوز القبـلة والعنـاق بين المحـارم ويحظر التقبيـل فى الفم الا الوالد لطفـله ، وقال فى موضـع آخـر [٦] أنه لا يجوز الدخـول على المحـرم الا باذن ثم قـال : واذا بلغ الصـبى أو الصـبية عشر سـنين وجب التفـريق بينـه وبين أمـه وأبيـه وأخيـه وأختـه وغيرهـم فى المضاجع .

مذهب الامامية :

جاء فى المستمسك [٧] : ويجوز النظر الى

(١) المحلى ﺣ ١٠ ص ٣٢ مسألة رقم ١٨٧٨ الطبعة السابقة .

(٢) المرجع السابق ﺣ ٧ ص ٤٧ مسألة رقم ٨١٣ .

(٣) شرح الازهار ﺣ ٤ ص ١١٤ الطبعة السابقة .

(٤) التاج المذهب لاحكام المذهب شرح متن الازهار فى فقه الائمة الاطهار للعلامة أحمد بن قاسم الصنعانى ﺣ ٣ ص ٤٨٧ الطبعة الاولى طبع مطبعة دار احياء الكتب العربية عيسى البـابى الحلبى وشركاه بمصر سنة ١٣٦٦ ﻫ

(٥) المرجع السابق ﺣ ٣ ص ٣٨٩ الطبعة السابقة .

(٦) المرجع السابق ﺣ ٣ ص ٤٩٢ .

(٧) مستمسك العروة الوثقى ﺣ ١٢ ص ٢٦ و ص ٢٧ مسألة رقم ٣٢ الطبعة السابقة .

المحارم التى يحرم عليه نكاحهن نسبا أو رضاعا أو مصـــاهرة ما عـدا العـورة مـع عـدم تلذذ وريبـة وكذا نظرهـن اليـه وفى الجواهـر عـده من الضروريات وقال فى موضـع آخـر [1] : لا بأس بلمس المحـارم من غير خـلاف يعتد به بل يمكن تحصيل الاجمـاع عليـه ولو بملاحظـة السـيرة القطعيـة ، لكن فى مرسل محمـد بن سـالم عن بعض أصحابنا عن الحكم بن مسكين قال : حدثنى سـعيدة ومنّـة أختـا محمـد بن أبى عمـير قالتـا : دخلنـا على أبى عبد اللـه فقلنـا : تعـود المرأة أخاهـا ؟ قال نعم ، قلنـا تصافحـه ؟ قال : من وراء الثوب .... الحديث ، ولا بد أن يكون محمـولا عـلى الاستحبـاب .

مذهب الاباضـية :

جاء فى النيل وشرحه [2] : النظر الى ذوات المحـارم ثلاث حـرم متفاوتة منها حـرمة أبيحت لمن هـو دون الزوج وهـو الأب والابن والأخ والعـم والخـال والاخيران وان لم يذكرا فى سـورة النـور فقـد جـاء فى آية التحـريم فى سـورة النساء « وبنات الأخ وبنـات الأخت » وهـذا يدل على الحـرمة أيضـا بالنسـبة لابن الأخ وابن الأخت ووجـه الاسـتدلال أنه حـل لهـؤلاء جميعـا النظـر للوجـه واليـدين وفيهـن زينـة والعضـد والعنـق كله والكتف وما لم يكن فيـه الشـعر من الرأس وحـرم عليهم النظـر للشـعر والصـدر والساق والذراعـين وحـل النظـر للعنق مـع الوجـه والكف وظاهـر القـدم وقيـل يحـل لهـم محـل القرطـين ومحـل القـلادة من العنق فيحـل بالأولى لهـم النظـر الى باقى الأذن وباقى العنـق وقيـل يجـوز لهـم النظـر الى أعـلا الصـدر وموضـع السـوارين من الذراع وموضـع الحجالين من الرجـلين وذلك دون باقى الذراعـين والرجلين وقيـل يجـوز الى الأذن كلها وقيـل لهـم النظـر لمـا فـوق سرة وتحت ركبـة والأوسط الأرفق أن يجـوز النظـر للرأس والعنق والذراع وأعـلا الصـدر والعضـد كله لا الثـديين والابط وما يلى ذلك وهـذا التفصـيل استحسـان وأما ذو المحـارم منهـا فلا بأس عليهـا لا تحـاذر منهم الا مـا تحـاذر من النسـاء ممـا ردت السيرة الى الركبتـين الا من خافت منـه من ذوى المحـارم أو التى خافت منهـا من النسـاء أن يصفنهـا للرجـال أو لمن أراد تزوجهـا .

---

(١) المرجع السابق مع الهامش حـ ١٢ ص ٤١ مسألة رقم ٤٠ .

(٢) كتاب شرح النيل حـ ١ ص ٩١ و ص ٩٢ الطبعة السابقة .

حكم الارحام بالنسبة للولاية فى عقد النكاح والحضانة والضم

مذهب الحنفيــة :

جاء فى فتح القــدير [١] بالنســبة لولاية النكاح : ذوو الارحام فى ولاية التزويج على ترتيب القرابة هم البنت ثم بنت الابن ثم بنت البنت ثم بنت ابن الابن ثم بنت بنت البنت ثم الاخت لاب وأم ثم الاخت لاب ثم الأخ والاخت لام ثم أولادهم ثم العمــات والاخوال والخالات وأولادهم وجاء بحاشية سعد جلبى على الهداية [٢] قال : ان تعريف ذوى الارحام هنا ليس على مصطلح الفرائض بل عــلى معنــــاه اللغــوى فان البنت وبنت الابن من أصحـــاب الفــــروض وكــذا الأخــوات ، وفى الفتـــاوى الهنــدية [٣] قال عند الكلام على الولاية فى النكاح وعنــد عــدم العصـــبة كل قريب يرث الصـــغير والصـــغيرة من ذوى الارحـــام يملك التزويج فى ظاهــر الرواية عنــد أبى حنيفه رحمــه الله تعـــالى وقال محمـــد رحمه اللـــه : لا ولاية لذوى الأرحـــام ثم قال : والاقرب عنــد أبى حنيفــة الأم وأخـــذ فى تعداد ما سبق بيــانه ، أما بالنســـبة للحضــــانة فلـــد جــاء فى الدر وحاشية ابن عابدين عليه [٤] أن العصبات مقــدمون عــلى ذوى الأرحـــام الذكور والمراد بذوى الأرحام هنـــا من كان منهــم محـــرما ولا حق لولد عم وعمــة وخال وخالة لعــدم المحرميــة ، وفى الزيلعى [٥] قال : اذا لم يكن للصـــغير عصـــبة يدفــع الى ذوى الأرحـــام عنـــد أبى حنيفـــة كأخ من أم وعم من أم وخـــال ونحوهــم لأن لهــم ولاية الانكاح عنــده فكذا الحضــــانة ، والحاصـــــل أن ولاية الانكاح منـــــوطة بالرحميــــة فقط وحق الحضـــــــانة منــوط بالرحميـــــة مع المحرميـــــة ، أما بالنســـبة للضــم فقـــد جــاء فى ابن عابدين [٦] : والغلام اذا عقل واستغنى برأيه ليس للأب ضمه الى نفســــه الا اذا لم يكن مأمونا على نفســــه فله ضـــمه والجـــد بمنزلة الأب فيمـــا ذكر وان لم يكن لهـــا أب ولا جـــد ولكن لهـــا أخ أو عم فله ضمهـــا ان لم يكن مفســدا وان كان مفســـدا لا يمكن من ذلك وكذا الحـــكم فى كل عصـــبة ذى رحم محـــرم منهـــا فان لم يكن لهـــا أب ولا جــد ولا غيرهمـــا من العصـــبات أو كان لها عصـــبة مفســـد فالنظـــر فيهـــا الى الحـــاكم ، ونقـــل ابن عابدين : وان لم يكن للصبي أب وانقضت الحضـانة فمن ســـواه من العصـــبة أولى الأقرب فالأقرب غير أن الانثى لا تدفع الا الى محرم

(١) فتح القدير مع العناية على الهداية هـ ٢ ص ٤١٣ الطبعة السابقة .

(٢) حاشية سعد جلبى على الهداية وشروحها هـ ٢ ص ٤١٣ .

(٣) الفتاوى الهندية حـ ١ ص ٢٨٤ الطبعـــة السابقـــة .

(٤) حاشية ابن عابدين على الدر حـ ٢ ص ٨٧٩ الطبعة السابقة .

(٥) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق لفخــر الدين عثمان بن على الزيلعى وبهامشه حاشية الشلبى عليه حـ ٣ ص ٤٨ الطبعة الاولى طبع المطبعة الكبرى الاميرية بمصر سنة ١٣١٣ هـ .

(٦) حاشية ابن عابدين حـ ٢ ص ٨٨٣ الطبعة السابقـــة .

ونبــــه الى أن هــــذا خاص بالصبى قبــــل البــلوغ ٠

مذهب المــالكية :

ذهب المالكية الى أن ذوى الارحام لا يلون عقد الأنكحة وهم أخو الأم وعم الام وجد الام وبنو الاخوات والبنات والعمات ونحوهم ممن يدلى بأنثى لأن الولاء شرع لحفظ النسب فلا يدخـــل فيـــه من لم يكن له نسب كذوى الارحام [١] وبالنسبة للحضـــانة تكون للأم ولو كانت الأم كافـرة أو أمـة والولد حـر وهـــذا فى الأم المطلقة أو من مات زوجهـا وأما من فى عصـمة زوجهـا فهى حق لهمـــا فاذا لم توجـد الأم بأن ماتت فأمهـــا أى أم الأم وهى جـدة الولد فاذا لم توجـد فجدتهـــا أى جـدة الأم أحق بالحضـــانة من غيرهــا وان علت فان لم توجـد فخالتـــه أخت أمه فان لم توجـد فخالتهـا أى خالة أمـــه أحق من غيرهـــا فعمـــة الأم فان لم توجـــد فجـــدته من جهـــة الأب وان علت فان لم توجـــد فأبو المحضـــون ثم أخيـــه فعمتـــه فعمـــة أبيـــه فخالتـــه فبنت أخيه شقيقة أو لأم أو لاب وبنت أخته كذلك فان لم تكن واحدة فالوصى فالاخ شقيقا أو لأم أو لاب فالجـد للأب أى من جهة الاب الاقرب فالاقرب فابن الاخ للمحضون فالعم فابنه وليس للجـد لأم ولا للخال حضـــانة

(١) الفروق لشهاب الدين القرافى مع حاشية ادرار الشروق على انواء الفروق لابن الشاط حـ ٣ ص ١٢٦ الطبعة الاولى طبع مطبعـة دار احياء الكتب العربية سنة ١٣٤٦ هـ ٠

وقال اللخمى : الجـــد للأم له الحضـــانة لان له شـفقة وحنــانا [٢] ٠

مذهب الشــافعية :

ليس لذوى الارحام ولاية فى النكاح عند الشافعية لان ولاية التزويج عندهم للعصبة على الترتيب الذى ذكروه فقد جاء فى المهذب : وان كانت المنكوحـــة حـــرة فوليهـــا عصـــباتها وأولاهـــم الأب ثم بعـــد أن ذكر العصـــبات بترتيبهم قال : فان لم يكن لهـــا عصـــبة زوجهـــا المولى المعتق الى أن قال : ثم السـلطان [٣] أما بالنســبة للحضـانة فان ذوى الأرحام لهـــم حـــق الحضـــانة بشروطهـــم لـكن يقـــدم فيهـــا الاناث عـلى الرجـــال فقـــد جـاء فى مغنى المحتاج : والحضـــانة نـــوع ولاية وسـلطنة لـكن الاناث أليـق بها [٤] على ترتيب بيـــانه فى « مصـــطلح حضـــانة » ٠

مذهب الحنـــابلة :

لا ولاية لغير العصبات النسبية والسببية من الأقارب فى النكاح كالاخ من الام والخال وعم الام وأبيها ونحوهم ومن ذلك يتبين أن ذوى الارحـــام لا ولاية لهم فى النكاح [٥] أما بالنســـبة للحضـــانة فان ذوى الارحام

(٢) الشرح الصغير وحاشية الصاوى عليـــه حـ ١ ص ٤٩٠ الطبعة السابقة ٠

(٣) المهذب للشيرازى حـ ٢ ص ٢٦ الطبعـة السابقـــة ٠

(٤) مغنى المحتاج حـ ٣ ص ٤١٦ ، ص ٤١٧ الطبعة السابقة ٠

(٥) كشاف القنـــاع حـ ٣ ص ٢٨ و ص ٢٩ الطبعة السابقة ٠

لهم حق الحضـــانة فقـد جاء فى كشـاف القنـــاع [1] ومستحق الحضانة رجل عصبة كالأب والجـد والأخ لغير أم والعم ثم قال : وامرأة وارثة كالأم والجـدة والاخت أو مدلية بوارث كالخـــالة وبنـــات الأخوات أو مدليـــة بعصـــبة كبنـــات الاخـــوة وبنـــات الأعمـــام وذى رحم غير من تقـــدم كالعم لأم والجـــد لأم والأخ لأم ثم بين ترتيب الحـق فى الحضانة بينهـم .

مذهب الظاهـرية :

يؤخذ من كلام الظاهـرية أنه ليس لذوى الأرحام ولاية الانـكاح فقد جاء فى المحلى : وللأب أن يزوج ابنته الصـغيرة البكر ما لم تبـلغ الى أن قال : فان كانت ثيبا من زوج مات عنهـــا أو طلقهـــا لم يجـز للأب ولا لغـيره أن يزوجهـــا حتى تبلغ واذا بلغت البـكر والثيب لم يجـز للأب ولا لغيره أن يزوجهـــا الا باذنهـــا وأما الصـغيرة التى لا أب لهـــا فليس لأحـــد أن ينكحها حتى تبلغ ... الخ وجـــاء فى المحـــلى ما يأتى : ولا يجـــوز للأب ولا لغـــيره انكاح الصـــغير الذكر حتي يبـــلغ فان فعـــل فهو مفســـوخ أبـدا [2] .. الخ أما بالنســـبة للحضـــانة فان ذوى الأرحام لهم حق فيهـــا وهـم أولى من غيرهـــم فقـــد جـاء فى المحـلى [3] ما يفيـــد أن الأم أحـق بحضـــانة الولد الصـــغير والابنـــة الصـــغيرة ثم الجـدة ثم الأب والأخ أو الاخت أو العمـــة أو الخـــالة أو العـــم أو الخـــال وذو الرحم أولى من غيرهـــم بكل حـــال .

مذهب الزيدية :

ذوو الارحام لا يلون عقد النكاح فقد قال فى التاج المذهب : ولى عقد النكاح فى الحرة الأقرب فالاقرب من عصبة النسب فلا ولاية للقريب الذى ليس بعصبة كالخال والاخ لأم لانهمـــا من ذوى الارحـــام ولا ولاية لذوى الارحام فى النكاح اذا لم يكونوا عصبات [4] ، أما بالنسبة للحضانة فان ذوى الارحام لهم حق فيهـــا فقـــد جاء فى شرح الأزهار . الأولى بالحضانة الام ثم أم الام ثم الاب ثم قال ثم الخالات[5] وقال فى الـكافى عن زيد بن على والنـــاصر أن الأخت لابوين أو لام أقدم من الخالة ثم بعد الخالات أمهات الاب وان عـلون ثم أمهـــات أب الام ثم الاخوات ثم بنات الخالات ثم بنات الاخوات ثم العمات ثم بناتهن ثم بنات العم ثم عمات الاب ثم بناتهن ثم بنـــات أعمام الأب وهن آخر الدرج فى باب الحضانة من النساء [6] .

مذهب الامامية :

جاء فى شرائع الاسلام : لا ولاية فى عقد النكاح لغير الأب والجد للأب وان علا والمولى

---

(١) المرجع السابق حـ ٣ ص ٣٢٦ .

(٢) المحـلى حـ ٩ فى كتاب النكاح مســـألة رقم ١٨٢٢ .

(٣) المرجع السابق حـ ١٠ ص ٣٢٣ مســـألة ٢٠١٤ .

(٤) التـــاج المذهب حـ ٢ ص ١٧ الطبعـــة السابقـــة .

(٥) شرح الازهار حـ ٢ من ص ٥٢٣ الى ص ٥٢٤ الطبعة السابقة .

(٦) المرجع السابق حـ ٢ ص ٥٢٦ الطبعـــة الســـابقة .

والوصى والحاكم [١] • وجاء فى المستمسك [٢] أوليـاء العقـد وهم الأب والجـد من جهة الاب فـلا ينـدرج أب أم الاب والـوصى لأحدهمـا مع فقـد الآخر والسيد بالنسبة الى مملوكه والحـاكم ولا ولاية للأم ولا الجـد من قبلهـا ولو من قبـل أم الأب ولا الاخ والعـم والخـال • ومن هــذا يستفـاد أنه لا ولاية لـذوى الأرحـام فى الانكـاح ، أما بالنسبة للحضـانة فقـد جاء فى كتاب الخلاف : اذا اجتمع مع العصـبة ذكر من ذوى الأرحـام كالاخ للأم والخـال والجـد أبى الام كان الاقـرب أولى ، ثم قال فاذا لم يكن عصـبة وهنـاك خال وأخ لأم وأبو أم الام كان لهم الحضـانة [٣] •

وقال : الأخت من الاب أولى بالحضـانة من الأخت لـلأم [٤] ، وقـال فى موضـع آخـر [٥] : والجـدات أولى بالولـد من الأخـوات وأم الاب أولى من الخـالة بالولد ، ولأبى الام وأم أبى الام حضانة •

مذهب الاباضية :

الولاية فى النكـاح عنـد الاباضـية تكون للعصـبة فان لـم تـكن عصـبة فللرحـم عنـد بعضـهم وللسـلطان عنـد البعض الآخـر فقـد جاء فى شرح

النيـل [٦] : أن أولى الأوليـاء بالنكـاح الاب فالجد للأب الاقرب فالاقرب فالاخ فابنه الاقـرب فالأقـرب فالعم الشقيق فالابوى فابنـه الاقرب فالاقـرب فابن العـم للأب فالاقرب للأقـرب ، واختـار بعضهـم أن الرحم أولى من السلطـان وبعض بالعـكس ولو جائرا والأحسن أن يوكل السـلطان الرحـم والرحم أولى من الـولى المشرك ، وبالنسـبة للحضـانة فقـد جاء فى شرح النيل [٧] : ويسـتحب أن تكون الحاضـنة من ذوات الرحـم والمحـارم وأما الـذكر فحضـانته بمجـرد الـولاية كابن العـم وابن الأخ والمعتـق والـوصى ومن يقـدمه السـلطان وقال البعض : وكـونهن مـن ذوات الرحم شرط لهن وذوات محـرم •

الارحام وحرمة النكاح

مذهب الحنفيـة :

صـفة ذى الرحـم المحـرم أن يكون قريبـا حـرم نكاحه أبـدا فالرحـم عبـارة عن القـرابة والمحـرم عبـارة عن حرمـة التناكح ومحرمات النكـاح الأقارب **الفـروع وهن بنـاته وبنـات أولاده وان نزلن وأصـوله وهن أمهـاته وأمهـات أمهـاته وآبائه وان علون وفـروع أبـوية وان نزلن فتحـرم بنـات الاخوة والأخوات** وبنـات أولاد الاخـوة والاخـوات وان نزلن وفروع أجداده وجـداته لبطن واحـد فلهـذا تحرم العمـات والخالات ولا تحـرم

(١) شرائع الاسلام حـ ٢ ص ٩ الطبعـة السـابقة •
(٢) مستمسك العروة الوثقى حـ ١٢ ص ٣٦٦، ص ٣٦٧ الطبعة السابقة .
(٣) الخلاف حـ ٢ ص ٣٣٩ الطبعة السابقة .
(٤) المرجع السابق حـ ٢ ص ٣٣٨ .
(٥) المرجع السابق حـ ٢ ص ٣٣٧ .

(٦) شرح النيل حـ ٣ من ص ٦٣ الى ص ٧٠ . الطبعة السابقة .
(٧) المرجع السابق حـ ٣ ص ٥٦٧ ، ص ٥٦٨

بنـــاتهم[1] لقول الله عــز وجــل : « حرمت عليــكم أمهـــاتكم وبنـــاتكم وأخــواتكم وعمـــاتكم وخالاتكم وبنـــات الأخ وبنـــات الاخت وأمهـــاتكم الـــلاتى أرضعنـــكم وأخــواتكم من الرضاعة وأمهـــات نسائكم وربائبـــكم اللاتى فى حجوركم من نســـائكم اللاتى دخلتــم بهن فان لم تكونوا دخلتــم بهن فلا جنـــاح عليــكم وحــلائل أبنـــائكم الـــذين من أصـــلابكم وأن تجمعـــوا بين الأختين الا ما قــد سلف ان الله كان غفــورا رحيمـــا » [2] وفى البــدائع [3] : فيحــرم نــكاح هــؤلاء لأن النــكاح لا يخــلو من مبـــاسطات تجــرى بين الزوجــين عامــة وبسببها تجــرى الخشــونة بينهمـــا وذلك يفضى الى قطــع الرحــم فكـــان النكـــاح ســـببا لقطع الرحـــم مفضـــيا اليـــه وقطــع الرحــم حرام والمفضى الى الحــرام حرام وهـــذا المعنى يعــم من ســبق لأن قرابتهن محــرمة القطع واجبة الــوصل وأما الــرحم بلا محـــــرم فهن من يحـــل نـــكاحهن من الأقارب كبنـــات الاعمـــام والاخـــوال [4] والخـــــالات ، قـــال فى البدائع : ان الله تعـــالى ذكر المحـــرمات فى آية التحـــريم ثم أخـــبر ســـبحانه وتعـــالى أنه أحل ما وراء ذلك بقـــوله : « وأحـــل لـــكم ما وراء ذلـــكم » [5] وبنـــات الاعمـــام والعمـــات والأخـــوال والخالات لم يذكر فى المحـــرمات فكن ممن وراء ذلـــك فكن محـــللات وقال فى الفتـــاوى الهنـــدية تحت عنـــوان الجمع بين ذوات الارحـــام قال : لا يجمع بين أختين بنكـــــاح ولا بوطء بمـــلك يمين ثم قـــــال والأصـــل أنه لا يجوز الجمـــع بين كل امرأتين لو صـــورنا احداهمـــا من أى جانب ذكـــرا لم يجـــز النــــــكاح بينهما [6] . وذهبت بقيـــة المذاهب الى ما ذهب اليـــه الحنفية مستدلين بالآية التى سبقت [7] .

---

(١) الفتاوى الهنــدية حـ ٢ ص ٨ الطبعـــة السابقة ، وفتح القدير حـ ٢ ص ٣٥٧ الطبعـــة السابقة .

(٢) الآية رقم ٢٣ من سورة النساء .

(٣) بدائع الصنائع للكاسانى حـ ٢ ص ٢٥٦ الطبعة السابقة .

(٤) الفتاوى الهنـــدية حـ ٢ ص ٨ الطبعـــة السابقة ، وفتح القدير حـ ٢ ص ٣٥٧ الطبعـــة السابقـــة .

(٥) الاية رقم ٢٤ من سورة النساء .

(٦) الفتاوى الهندية حـ ١ ص ٢٧٧ الطبعـــة السابقـــة .

(٧) للمالكية شرح الخرشى على مختصر خليل وبهامشه حاشية العدوى حـ ٣ ص ٢٠٧ ، ص ٢٠٨ الطبعة الثانية طبع المطبعة الكبرى الاميرية بمصر سنة ١٣١٧ هـ وللشافعية : حاشية البجرمى على شرح منهج الطلاب وبهامشه تقريرات الشيخ المرصفى حـ ٣ من ص ٣٥٩ الى ص ٣٦٥ طبـــع مصطفى البابى الحلبى واولاده بمصر سنة١٣٤٥هـ وللحنابلة الروض المربع بشرح زاد المستقنع مختصر المقنع للحجاوى والبهوتى حـ ١ من ص ٢٧٢ الى ص ٢٧٥ طبع المطبعة السلفية ومكتبتهـــا بمصر سنة ١٣٨٠ هـ الطبعة السادسة . وللظـــاهرية المحلى لابن حزم الظاهرى حـ ٩ ص ٥٢٠ ، ص ٥٢١ مسالة رقم ١٨٥٥ ، ١٨٥٧ الطبعة السابقة وللزيدية كتاب الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير لشرف الدين اليمني الصنعاني حـ ٤ من ص ٣٧ الى ص ٤٣ الطبعة الاولى سنة ١٣٤٩ هـ طبع مطبعة الســـعادة بمصر وللاماميـــة تهذيب الاحكام فى شرح المقنعة لابى جعفر الطوسى حـ ٧ من ص ٢٧٢ الى ص ٢٧٥ طبع مطبعة النعمان بالنجف الطبعة الثانية سنة ١٣٨٠ هـ للاباضية شرح كتاب النيل حـ ٣ ص ١٢ ، ص ١٣ ، ص ١٤ الطبعة السابقة .

نفقة الارحـــام

مذهب الحنفيـــة :

تجب النفقة لكل ذى رحم محرم توافرت فيه شروط استحقاق النفقة على قريبه الموسر ولا تجب على غير ذى الرحـــم المحـــرم ولاله والعبرة فى المحرمية أن تكون بالنسب لا بغيره وذلك كله على تفصـيل فى بيـــان من تجب لـــه ومن تجب عليـــه وترتيب ذلك وأســـاس الاســـتحقاق ومقداره موضـــعه مصطلح « نفقة » ، ولا تجب النفقـــة على ذى الرحم غير المحـــرم ولاله [1] .

مذهب المـــالكية :

يذهب المالكية الى أن المستحقين للنفقة بسبب القرابة صنفان وهم أولاد الطب والابوان ولا يتعدى الاستحقاق الى أولاد الاولاد ولا الى الجد والجدات بل يقتصر على أول طبقة من الفصـــول والاصـــول [2] ، ومن هذا يستفاد أن ذوى الارحـــام لا يســـتحقون النفقـــة ولا تلزمهم فقد قال فى المدونة • ولا يلـــزم الانســـان بنفقة أخ ولا ذى قـــرابة ولا ذى رحم محـــرم منـــه [3] .

مذهب الشـــافعية :

ليس لـــذوى الارحـــــام ولا عليهـــم نفقة عند الشـــافعية فقـــد جاء فى المهذب ، ولا تجب نفقة من عـــدا الوالدين والمولودين من الاقارب كالاخوة والاعمـــام وغيرهما لان الشرع ورد بايجاب نفقة الوالدين والمولودين ومن ســـــواهم لا يلحق بهـــم فى الولادة وأحـــكام الولادة فلم يلحق بهم فى وجـــوب النفقـــة [4] .

مذهب الحنـــابلة :

جـــاء فى كشـــــاف القنـــــاع تحت عنـــوان باب نفقـــة الاقارب ، المـــراد بالاقارب من يرثه بفرض أو تعصيب ثم قال : تجب على الابن نفقـــة الوالـــدين وان علوا والولد وان سفل ثم قال : حتى ذوى الارحام — ولو كان غير محرم — قال ويلزمه نفقة كل من يرثه بفـــرض أو تعصيب ممن ســـوى عمودى النسب ثم قال فأما ذوى الارحـــام وهم من ليس بذى فرض ولا عصبة من غير عمودى النسب فلا نفقـــة لهم ولا عليهـــم لعدم النص فيهم ولان قرابتهم ضعيفة وانما يأخـــذون ماله فهم كسائر المســـلمين فى أن المـــال يصرف اليهم اذا لم يكن للميت وارث بدليل تقـــدم الرد عليـــه واختار الشيخ تقى الدين الوجوب لانه من صلة الرحـــم وهو عام ثم ذكر صاحب الكشـــاف شروط وجوب النفقة وعد من بينها أن يكون المنفق وارثا للمنفق عليـــه بفرض أو تعصيب ان كان من غير عمودى النسب ثم قال أما عمود النسب فتجب ولو من ذوى الارحام [5] ، وفى المغنى قال أبو الخطاب من فقهاء الحنـــابلة : يخرج فى ذوى الارحام رواية أخـــرى وهو أن النفقة

(١) حاشية ابن عابدين حـ ٢ ص ٩٣٧ ، ص ٩٣٨ ، ص ٩٣٩ الطبعة السابقة .
(٢) الحطاب حـ ٢ ص ٢٠٨ الطبعة السابقة .
(٣) المدونة للامام مالك حـ ٢ ص ٥٨ الطبعة السـابقة .

(٤) المهذب للشيرازى حـ ٢ ص ١٦٦ الطبعة السابقة .
(٥) كشاف القناع حـ ٣ ص ٣١٥ ، ص ٣١٦ الطبعة السابقة .

تلزمهم عند عـدم العصبات وذوى الفروض لانهم وارثون فى تلك الحـالة (١) .

مذهب الظاهـرية :

قال ابن حزم : يجبر كل واحد ــ بعد كفاية نفسه من كل ما يلزمه ــ على النفقة على من لا مال له ولا عمل بيده مما يقوم منه على نفسه من أبويه وأجداده وجـداته وان علوا وعلى البنين والبنـات وبنيهم والاخوة والاخوات والزوجات ثم قال فان فضل عن هؤلاء بعد كسوتهم ونفقتهم شيء أجبر على النفقة على ذوى رحمـه المحـرمة وموروثيه ان كان من ذكرنا لا شيء له ولا عمـل بأيديهم (٢) .

مذهب الزيدية :

جاء فى باب النفقات ، وندبت صلة الرحم ثم نقل بعض أئمـة الزيدية وغيرهم قولهم : وعلى كل موسر نفقـة معسر على ملته يرثه بالنسب (٣) ، وجاء فى شرح الازهار ــ باب النفقات قوله : وتجب على كل موسر نفقـة كل معسر بشرطين أحـدهما أن يكون على ملته وهـذا فى غير الابوين . الثانى أن يكون وارثا بالنسب فيجب عليـه من النفقة بقدر ارثه وعلى ذلك تجب النفقـة لذوى الارحام كما نص على ذلك صاحب الحاشية على شرح الازهار فقـد ذكر أن ذوى الارحـام اذا ورثوا أنفقوا (٤) .

(١) المغنى لابن قدامه حـ ٩ ص ٢٦٠ الطبعـة السابقـة .
(٢) المحلى لابن حزم الظاهرى حـ ١٠ ص ١٠٠ مسالة رقم ١٩٣٣ الطبعة السابقة .
(٣) كتاب البحر الزخار حـ ٣ ص ٢٨٠ الطبعة السابقة .
(٤) شرح الازهار حـ ٢ ص ٥٤٤ الطبعـــة السابقة .

مذهب الامامية :

جاء فى الروضة البهية : أن من أسباب النفقة القـرابة وأنها تجب على الابوين فصـاعدا والأولاد فنازلا ثم قال بعد ذلك وتسـتحب النفقة على باقى الاقارب من الاخوة والاخوات وأولادهم والاعمـام والاخوال ذكورا واناثا وأولادهم ويتأكد الاستحباب فى الوارث منهم فى أصـح القولين وقيل تجب النفقـة على الوارث لقول الله عز وجل « وعلى الوارث مثـل ذلك » (٥) ومن ذلك يتبين أن النفقـة لذوى الارحـام وعليهم مسـتحبة فى الاصح وأن الاستحباب مؤكد فى الوارث منهم (٦) ، وقال بعضـهم بالوجوب .

مذهب الاباضـية :

الوارد فى فقه الاباضية قولهم : والمذهب أنه يجب عليك نفقـة كل من ترثه ولا تجب للرحـم الا ان لم يكن له وارث سـواك ولا يدركها الجد من جهة الام الا ان لم يكن لها وارث سواه فانه يرثها وينفقها وهـكذا سـائر ذوى الارحـام (٧) ومن هـذا النص يستفاد أن ذوى الارحـام تجب عليهم النفقة ان كانوا وارثين كما تجب لهم النفقـة على من كان وارثا لهم من ذوى الارحام .

ما يراد بالأرحـام فى الوصية لهم والوقف عليهم

مذهب الحنفية :

جاء فى البحـــر الـرائق : فان أوصى

(٥) الآية رقم ٢٣٣ من سورة البقرة .
(٦) الروضة البهية حـ ٢ ص ١٤٤ الطبعـة السـابقة .
(٧) كتاب شرح النيل حـ ٧ ص ٢٠٧ ، ص ٢٠٩ الطبعة السابقة .

لذوى[١] قرابتــه أو لذوى أرحامه فعنــد أبى حنيفــة هو لــكل ذى رحــم محــرم منــه اثنــان فصاعدا الاقــرب فالاقــرب وعنــدهما يستحقــه الواحــد ويســتوى فيه المحــرم وغير المحــرم والبعيــد والقريب فأبو حنيفــة يرى هنــا أن الوصــية تكون لذى الرحــم المحــرم فــلا يدخــل فيهــا غير المحــرم وأن يعطى لاثنــين فأكثر فــلا يستحقهــا الواحــد ، وأن يكون الاعطــاء بترتيب الاقــرب فالاقــرب عنــد تفــاوت درجــة القــرابة ، والصاحبــان يقــولان أنهــا تكون لذوى الارحــام ولو لم يكونوا من المحــارم وأنهــا تعطى للواحــد فأكثر وعنــد التعــدد فلا عــبرة بالقــرب والبعــد وفى فتــح القــدير : ولو وقف على قرابتــه فهــو لمن ينــاسبه الى أقصى أب فى الاســلام من قبـــل أبيــه أو الى أقصى أب لــه فى الاســلام من قبــل أمــه لــكن لا يدخــل أبو الواقف ولا أولاده لصــلبه وفى دخــول الجــد روايتــان وظــاهر الرواية لا يدخــل ويدخــل أولاد البنـــات وأولاد العمــات والخــالات والأجــداد الاعلون والجــدات ورحـــمى وأرحــامى وكل ذى نسب منى كالقـــرابة وعلى عيـــالى يدخــل كل من كان فى عياله من الزوج والولد والجدات ومن كان يعوله من ذوى الرحم وغير ذوى الرحم[٢]

مذهب المــالكية :

قال فى الشرح الصــغير : ان قال أوصيت لأرحامى أو أرحــام فــلان فيــدخل أقاربه لأمــه كأبيهــا وعمهـــا لأبيهــا أو لامهــا وأخيهــا وابن عمتهــا ومحــل دخول أقارب أمــه ان لم يكن لــه أى للمــوصى أقارب لأب غير ورثة فان كان فــلا يدخــل أقارب أمــه ويختص بهــا أقارب أبيــه لشــبه الوصــية بالارث من حيث تقــدم العصــبة على ذوى الأرحــام ، ولو قال أوصـــيت لأقاربى أو أهلى أو لذى رحمى فــلا يشــمل وارثه لأنه وصــية لوارث[٣] .

وجاء فى الدردير : اذا قال الواقف وقفت عــلى أقاربى أو أقارب فلان دخــل أقارب جهتيــه أى جهــة أبيــه وجهــة أمــه مطلقا ذكورا واناثا كان من يقــرب لأمــه فى جهــة أبيهـــا وأمهـــا أى ذكورا واناثا هــذا هــو المشــهور وقال ابن حبيب وهــو قول جميــع أصــحاب مالك وقال ابن القـــاسم لا يدخــل الخـــال ولا الخــالة ولا قرابته من قبـــل أمــه الا اذا لم يكن له قرابة من جهــة الأب أى حين الايقاف والمعتمد[٤] دخــول الجهتــين وان كانوا ذميين .

مذهب الشــافعية :

جاء فى مغنى المحتــاج : وان أوصى لأقارب

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق للشـــيخ زين الدين الشهير بابن نجيم جـ ٨ ص ٥٠٧ الطبعة الاولى طبع المطبعة العلمية بمصر ١٣١٠ هـ .

(٢) فتح القدير جـ ٥ ص ٧٢ الطبعة السابقة .

(٣) الدردير على الشرح الصغير جـ ٢ ص ٤٣٥ ـ الطبعة السابقة .

(٤) المرجع السابق جـ ٢ ص ٢٨٦ الطبعـــة السابقة .

زيد أو رحمـــة دخـــل كل قـــرابة وان بعـــد الا أصـــلا والا فرعا فى الأصـــح والثـــانى يدخلان ثم قال ولا تدخـــل قـــرابة الأم فى الوصـــية للأقارب فى وصـــية العـــــرب فى الأصـــح والثانى تدخل قرابة الام فى وصية العـــرب وهو المعتمـــد [١] .

مذهب الحنـــابلة :

جاء فى المحـــرر ، وان أوصى لذوى رحمـــه فهـــو لـــكل منتسب اليـــه من جهـــة أمـــه أو أبيـــه أو ولده[٢] ، وفى كشـــاف القنـــاع : وذو رحمه قرابته من جهـــة أبويه وأولاده وأولادهـــم وان نزلوا لأن الرحـــم يشملهم ولو جاوزوا أربعـــة آباء فيصرف الوقف الى كل من يرث بفرض أو عصـــبة أو بالرحـــم لشموله لهم [٣] .

مذهب الظـــاهرية :

جاء فى المحلى : وفـــرض على كل مســـلم أن يوصى لقرابتـــه الذين لا يرثون اما لرق واما لكفـــر واما لأن هنـــاك من يحجبهـــم عن المـــيراث أو لأنهـــم لا يرثون فيـــوصى لهـــم بمـــا طابت به نفســـه لا حد فى ذلك فان لم يفعـــل أعطوا ولا بد ما رآه الورثة أو الوصى ، فان أوصى لثـــلاثة من أقاربه المذكورين أجزأه ، والاقربون هم من يجتمعون مـــع الميت فى الأب الذى به يعـــرف اذا نسب من جهـــــة أمـــه كذلك أيضـــــا هـــو من يجتمع مـــع أمـــه فى الأب الذى يعـــــرف بالنسبة اليـــــه لأن هؤلاء فى اللغـــة أقارب ولا يجـــوز أن يوقع على غـــير هؤلاء اسم أقارب بلا برهان [٤] .

وقال : وجائز للمرء أن يَحبس عـــلى من أحب أو على نفســـه ثم على من يشاء [٥] .

مذهب الزيدية :

جاء فى شرح الأزهار : ومن قال وقفت هـــذا على قرابتى أو على أقاربى أو ذوى قرابتى صـــح ذلك ، ويســـتوى الاقـــرب منهـــم والابعـــد قال فى الحاشـــية ويدخـــل فى ذلك أولاد البنـــــات والأخـــوات وذوى الارحام خـــلاف اللمع والمنتخب ثم قـــال : واذا وقف رجـــل على الاقـــرب فالأقـــرب كان لأقربهـــم اليـــه نســـبا ، قيـــل والابن والأب على الســـواء والعم والخال كذلك [٦] **وفى الوصـــــية قـــال : أما لفظ القـــــرابة والأقارب بأن قـــال أوصيت لقـــــرابتى أو** أقاربى فحكمه ما تقـــــدم فى الوقف [٧] .

---

(١) مغنى المحتاج حـ ٣ ص ٥٩ الطبعـــــة السابقـــة .

(٢) المحرر فى الفقه للشيخ الامام مجد الدين ابى البركات ومعه النكت والفوائد السنية على مشكل المحـــرر لمجـــد الدين ابن تيميـــــة تأليف شمس الدين بن مفلح الحنبلى المقدس حـ ١ ص ٣٨٢ طبع مطبعة السنة المحمدية سنة ١٣٦٩ هـ.

(٣) كشاف القناع حـ ٢ ص ٤٦٨ الطبعـــــة السابقـــة .

(٤) المحلى لابن حزم الظاهرى حـ ٩ ص ٣١٤ مسألة رقم ١٧٥١ الطبعة السابقة .

(٥) المرجع السابق حـ ٩ ص ١٧٥ مســـألة رقم ١٦٥٠ الطبعة السابقة .

(٦) شرح الازهار حـ ٣ ص ٤٧٢ ، ص ٤٧٣ الطبعة السابقة .

(٧) المرجع السابق حـ ٤ ص ٤٨٨ الطبعـــة السابقـــة .

مذهب الامامية :

جاء فى الروضة البهية : تستحب الوصية لذوى القرابة وارثا كان أم غيره لأن فيه صلة الرحم ، ولا تصح الوصية للرحم ان كان حربيا وتصح للرحم الذمى [1] .

وفى كتاب من لا يحضره الفقيه روى الحسن ابن محجوب عن أبى جعفر عليه السلام فى رجل أوصى بثلث ماله فى أعمامه وأخواله فقال لأعمامه الثلثان ولأخواله الثلث[2] .

وفى شرائع الاسلام : اذا وقف على أولاده أو اخواته أو ذوى قرابته اقتضى الاطلاق اشتراك الذكور والاناث والادنى والأبعد والتساوى فى القسمة الا أن يشترط ترتيبا أو اختصاصا أو تفضيلا ولو وقف على أخواله وأعمامه تساووا جميعا ، واذا وقف على أقرب الناس اليه فهم الأبوان والولد وان سفلوا فلا يكون لأحد من ذوى القرابة شىء مالم يعدم المذكورون ثم الاجداد والاخوة وان نزلوا ثم الأعمام والاخوال على ترتيب الارث لكن يتساوون فى الاستحقاق الا أن يعين التفضيل[3] .

الهبة لذوى الارحام :

مذهب الحنفية :

قال فى البدائع : من الهبة ما هو فى معنى العوض وهو ثلاثة أنواع . الاول صلة الرحم المحرم فلا رجوع فى الهبة لذى رحم محرم من الواهب وهذا عندنا بدليل ما روينا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها . أى لم يعوض . وصلة الرحم عوض معنى لأن التواصل سبب التناصر والتعاون فى الدنيا وسبب الثواب فى الآخرة فكان أقوى من المال ، وروى عن سيدنا عمر رضى الله عنه أنه قال : من وهب هبة لصلة رحم أو على وجه صدقة فانه لا يرجع فيها ولو وهب لذى رحم غير محرم فله أن يرجع لقصور معنى الصلة فى هذه القرابة فلا يكون فى معنى العوض وكذلك اذا وهب لذى محرم لا رحم له لانعدام معنى الصلة أصلا[4] وفى البحر الرائق [5] : أن الهبة لذى الرحم المحرم تشمل المسلم والذمى والمستأمن كذا فى المبسوط .

حكم الأرحام فى الحدود

مذهب الحنفية :

جاء فى البدائع : ولا قطع على من سرق من ذى رحم محرم عندنا سواء كان بينهما ولاد أولا لأن كل واحد منهما يدخل فى منزل صاحبه بغير اذن عادة وذلك دلالة

(١) الروضة البهية حـ ٢ ص ٥٥ الطبعة السابقة .

(٢) من لا يحضره الفقيه حـ ٤ ص ١٥٤ الطبعة السابقة .

(٣) شرائع الاسلام حـ ١ ص ٢٤٨ الطبعة السابقة .

(٤) بدائع الصنائع للكاسانى حـ ٦ ص ١٢٣ الطبعة السابقة .

(٥) البحر الرائق جـ ٧ ص ٣٢٠ الطبعة السابقة .

الاذن من صاحبه فاختل معنى الحرز لأن القطع بسبب السرقة فعل يفضى الى قطع الرحم وذلك حرام والمفضى الى الحرام حرام ، ولو سرق جماعة فيهم ذو رحم محرم من المسروق لا يقطع واحد منهم عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف لا يقطع ذو الرحم المحرم ويقطع سواه ، ولو سرق من ذى رحم غير محرم يقطع بالاجماع لأن المباسطة بالدخول من غير استئذان غير ثابتة فى هذه القرابة عادة وكذا هذه القرابة لا تجب صيانتها عن القطيعة (١) .

وجاء فى اقامة حد الرجم قال صاحب البدائع : ولا بأس بكل من رمى أن يتعمد مقتله لأن الرجم حد مهلك فما كان أسرع الى الهلاك كان أولى الا اذا كان الرامى ذا رحم محرم من المرجوم فلا يستحب له أن يتعمد مقتله لأنه قطع الرحم من غير ضرورة لان غيره يكفيه ويغنيه(٢) .

وفى حد الزنا : ومن وطىء جارية غير الأب والأم من سائر ذوى الرحم المحرم كالاخ والاخت ونحوهما فانه يجب عليه الحد وان قال ظننت أنها تحل لى لأن هذا دعوى الاشتباه فى غير موضع الاشتباه لأن الانسان لا ينبسط بالانتفاع بمال أخيه وأخته عادة فلم يكن هذا ظنا مستندا الى دليل فلا يعتبر وكذلك اذا وطىء جارية ذات رحم محرم من امرأته أما اذا وطىء جارية أبيه أو أمه فلا حد لأن الرجل ينبسط فى مال أبويه وينتفع به من غير استئذان وحشمة والحد لا يجب اذا ادعى الاشتباه بأن قال ظننت أنها تحل لى وان لم يدع (٣) يجب ، وفى تفصيل ذلك وبيانه فى بقية المذاهب ينظر فى مصطلحات ، حد ، وسرقة وزنا ، وقذف .

إرْسَال

التعريف فى اللغة

جاء فى لسان العرب الارسال التوجيه ويقال : أرسل الشىء أطلقه وأهمله ، وقوله عز وجل فى التنزيل العزيز (ألم تر أنا أرسلنا الشياطين على الكافرين تؤزهم أزا) (٤) قالوا معنى الارسال هنا التسليط(٥)

---

(١) بدائع الصنائع للكاسانى حـ ٧ ص ٧٥ الطبعة السابقة .

(٢) المرجع السابق حـ ٧ ص ٦٠ الطبعة السابقة .

(٣) المرجع السابق حـ ٣ ص ٣٦ الطبعة السابقة .

(٤) الآية رقم (٨٣) من سورة مريم .

(٥) لسان العرب لابن منظور انظر مادة رسل ج ١٣ ص ٢٩٨ وما بعدها طبعة الدار المصرية للتأليف والترجمة .

وجاء فى القاموس المحيط : والارسال التسليط ، والاطلاق ، والاهمال ، والتوجيه[1] .

التعريف فى اصطلاح الفقهاء

يكاد الفقهاء فى مختلف المذاهب لا يخرجون على التعريف اللغوى فى استعمالاتهم لكلمة ارسال فهم تارة يستعملون الارسال ويريدون به التسليط كما هو الحال فى ارسال الحيوان على الصيد مثلا ، وتارة يستعملون الارسال ويعنون به الاطلاق وذلك فى بحثهم عن حكم ارسال اليدين فى الصلاة . ومرة يستعملون كلمة ارسال ويقصدون به الاهمال وذلك مثل ارسال الحيوان والماء والنار . وأخرى يستعملون الارسال ويريدون به التوجيه كما هو الشأن فى بحثهم عن أحكام ارسال شخص الى آخر برسالة أو مال أو نحو ذلك . على التفصيل الآتى فيما يلى :

حكم الارسال فى العبادات

١ ــ ارسال اليدين فى الصلاة

مذهب الحنفية :

يرى عامة علماء الحنفية أن ارسال اليدين فى الصلاة ليس من السنة وأن السنة عندهم أن يضع المصلى يمينه على شماله تحت السرة محلقا بابهام وسبابتها على رسغ اليد اليسرى فقد روى صاحب بدائع الصنائع أن عامة العلماء قالوا : ان السنة هى وضع اليمين على الشمال لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : (ثلاث من سنن المرسلين ، تعجيل الافطار ، وتأخير السحور ، وأخذ الشمال باليمين فى الصلاة) وروى عن محمد فى النوادر أن المصلى يرسل يديه حالة الثناء فاذا فرغ منه يضع يده اليمنى على اليسرى بالكيفية السابقة بناء على أن الموضع سنة القيام الذى له قرار فى ظاهر المذهب ، وعن محمد سنة القراءة ، وأجمعوا على أنه لا يسن الوضع فى القيام المتخلل بين الركوع والسجود لأنه لا قرار له ولا قراءة فيه . والصحيح جواب ظاهر الرواية لقوله صلى الله عليه وسلم (انا معشر الأنبياء أمرنا أن نضع ايماننا على شمائلنا فى الصلاة) من غير فصل بين حال وحال فهو على العموم الا ما خص بدليل ــ ولأن القيام من أركان الصلاة ، والصلاة عبادة لله تعالى وتعظيم له ، والوضع فى التعظيم أبلغ من الارسال كما فى الشاهد (أى المشاهد) فكان

---

(١) القاموس المحيط للفيروز ابادى أنظر مادة رسل ج ٣ ص ٣٨٤ طبعة المكتبة التجارية الكبرى الطبعة الخامسة .

أولى . وأما القيام المتخلل بين الركوع والسجود في صلاة الجمعة والعيدين فقال بعض مشايخنا : الوضع أولى لأن له ضرب قرار ، وقال بعضهم : الارسال أولى لأنه كما يضع يحتاج الى الرفع فلا يكون مفيدا . وأما في حال القنوت فذكر في الاصل : اذا أراد أن يقنت كبر ورفع يديه حذاء أذنيه ناشرا أصابعه ثم يكفيهما. قال أبو بكر الاسكاف : معناه أن يضع يمينه على شماله وكذلك روى عن أبي حنيفة ومحمد أنه يضعهما كما يضع يمينه على يساره في الصلاة . وذكر الكرخي والطحاوي أنه يرسلهما في حالة القنوت وقد روى عن أبي يوسف أنه يبسط يديه بسطا في حالة القنوت . ثم ذكر الكاساني أن الصحيح في صلاة الجنازة أن يضع أيضا لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه صلى على جنازة ووضع يمينه على شماله تحت السرة ، ولأن الوضع أقرب الى التعظيم في قيام له قرار فكان الوضع أولى [١] .

مذهب المالكية :

روى الحطاب أن ابن فرحون قال في حكم ارسال اليدين في الصلاة : وأما ارسالهما بعد رفعهما فقال سند : لم أر فيه نصا . والأظهر عندي أن يرسلهما حال التكبير ليكون مقارنا للحركة ، وينبغي أن يرسلهما [٢] برفق .

وفي حكم ارسال العذبة من العمامة قال الحطاب : وأما حكم ارسال العذبة والتحنيك بها فمحصل كلامه في المدخل أن العمامة بغير عذبة ولا تحنيك [٣] بدعه مكروهة فان فعلهما معا فهو الاكمل وان فعل أحدهما فقد خرج به من المكروه . ونقل عن النووي أنه لا كراهة في ارسال العذبة ولا عدم ارسالها ، لكن تعقبه الشيخ الكمال بن أبي شريف بأن ظاهر كلامه أنه من المباح المستوى الطرفين قال : وليس كذلك ، بل الارسال مستحب وتركه خلاف الأولى وذكر السخاوي عن معجم الطبراني الكبير بسند حسن أن النبي صلى الله عليه وسلم بعث عليا الى خيبر فعممه بعمامة سوداء ثم أرسلها من ورائه وقال على كتفه الأيسر وتردد رواية فيه وربما جزم

---

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع لابي بكر بن مسعود الكاساني ج ١ ص ٢٠١ الطبعة الاولى سنة ١٣٢٧ هـ طبع مطبعة شركة المطبوعات العلمية المصرية .

(٢) مواهب الجليل لشرح مختصر سيدي خليل لابي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المعروف بالحطاب في كتاب مع التاج والاكليل ج ١ ص ٥٣٧ الطبعة الاولى سنة ١٣٢٨ هـ طبع مطبعة السعادة بمصر .

(٣) التحنيك ادارة العمامة من تحت الحنك انظر القاموس المحيط ج ٣ ص ٣٠٠ الطبعة السابقة مادة حنك .

بالثـانى[١] .

مذهب الشـافعية :

ذكر صـاحب مغنى المحتـاج ـ فى حـكم ارسال اليـدين فى الصـلاة ـ أن المصلى يرفع يديه قبـل التكبـير ويكبر مع ابتداء الارســال وينهيــه مـع انتهـائه ، وقيـل : يرفع غير مكبر ثم يكبر ويداه مرتفعتـان فاذا فرغ أرسلهمـا من غير تكبـير فان ترك الرفع حتى شرع فى التكبـير أتى به فى أثنـائه لا بعـده لزوال سـببه ، ورد اليـدين من الرفـع الى ما تحت الصـدر أولى من ارسـالهما بالكليـة ثم استئنـاف رفعهمـا الى ما تحت الصـدر[٢] . وذكـر الخطيب فى الاقنـاع أن المصـلى اذا أرسلهمـا ـ يعنى يديه ـ ولم يعبث فلا بأس[٣] .

مذهب الحنـابلة :

قال صـاحب كشـاف القناع : يرفع المصلى يديه عنـد تكبـيرة الاحـرام ندبا ، ويكون ابتـداء الرفع مع ابتـداء التـكبير وانتهـاؤه ـ أى الرفع ـ مـع انتهـائه ، وتكون اليـدان حـال الرفع ممـدودتى الأصـابع برؤسـهما ويستقبل ببطونهما القبـلة الى حـذو منكبيـه ، ويسقط ندب رفـع اليـدين بفـراغ التكبـير كله لأنه سـنة فات محلهـا ثم بعـد فـراغ التكبير يحطهمـا من غير ذكر ، لعـدم وروده ، ثم يقبض بكفـه الايمن كوعه الأيسر ، لأن النبى صـلى الله عليـه وسـلم وضـع اليمنى عـلى اليسرى عـلى ما رواه مسـلم ، وفى رواية لأحمـد وأبى داود : ثم وضـع كفـه اليمنى على كفـه اليسرى والرسـغ والسـاعد ، ويجعلهمـا تحت السرة[٤] .

مذهب الشيعة الامامية :

روى صـاحب وسـائل الشـيعة أن أبا عبد اللـه عليـه السـلام قام مستقبل القبـلة منتصـبا فأرسـل يديه جميعـا على فخـذيه قـد ضـم أصـابعه ، ثم ذكر أن زرارة روى أن أبا جعفـر عليـه السلام قال اذا قمت فى الصـلاة فأرسـل يديك ولا تشبك أصـابعك وليكونا على فخـذيك قبـالة ركبتيك[٥] . أما صـاحب الخـلاف فقـد قال أنه لا يجـوز للمصـلى أن يضـع اليمين عـلى الشـمال ولا الشمال عـلى اليمـين فى الصـلاة لا فوق السرة

---

(١) مواهب الجليل على الحطاب ج ١ ص ٥٤١ الطبعة السابقة .

(٢) مغنى المحتاج الى معرفة الفاظ المنهـاج للامام الشيخ محمد الشربينى الخطيب وبهامشه متن المنهاج للنووى ج ١ ص ١٥٤ .

(٣) الاقناع فى حل الفاظ ابى شجاع للشـيخ محمد الشربينى الخطيب وبهامشه تقرير الشيخ عوض ج ١ ص ١٢٣ طبع مطبعة دار احيـاء الكتب العربية .

(٤) كشاف القناع عن متن الاقناع للشـيخ منصور بن ادريس الحنبلى وبهامشه شرح منتهى الارادات ج ١ ص ٢٢٢ الطبعـة الاولى طبـع المطبعة العامرة الشرفية سنة ١٣١٩ هـ .

(٥) وسائل الشيعة الى تحصيل مسـائل الشريعة لمحمد بن الحسن الحر العاملى ج ٤ ص ٦٧٤ ، ٦٧٥ طبع فى المطبعة الاسلامية بطهران .

ولا تحتهـا والدليـل عـلى ذلك اجمـاع الفـرقة فانهـم لا يختـلفون فى أن ذلك يقطع الصـلاة(١) .

مذهب الاباضـية :

قال فى شرح النيـل : وهل يرسـل يديه بحالهما ورجح أو يمدهما مع جنبيه أو يمسك بهمـا فخذيه بلا وضـع على خاصرة موضع الحـزام تحت القصـيرى ؟ للاباضـية فى ذلك أقوال والمشـهور الفسـاد بالوضع على الخاصرة(٢) .

٢ ـ حكم الارسـال فى النـكاح والطـلاق ونحو ذلك

مذهب الحنفية :

والحنفية على أن النكاح كما ينعقـد بطريق الاصالة ينعقد بطريق الرسـالة ، فقد جاء فى البـدائع ثم النكاح كما ينعقد بهذه الألفاظ بطريق الاصالة ينعقد بهـا بطريق النيـابة والوكالة والرسـالة لأن تصرف الوكيـل كتصرف المـوكل ، وكلام الرسـول كلام المرسـل)(٣) فلو أرسـل رجـل الى المرأة رسـولا وكتب اليهـا بذلك كتابا فقبلت بحضرة شـاهدين سـمعا كلام الرسـول وقراءة الكتاب جاز ذلك لاتحـاد المجلس من حيث المعنى لأن كلام الرسـول كلام المرسـل لأنه ينقـل عبـارة المرسـل وكذا الكتـاب بمنزلة الخطـاب من الكاتب فكان سـماع قول الرسـول وقراءة الكتاب سـماع قول المرسـل وكلام الكاتب معنى وان لم يسـمعا كلام الرسـول وقراءة الكتاب فانه لا يجـوز عندهمـا ، وعنـد أبى يوسف اذا قالت زوجت نفسى يجـوز وان لم يسـمعا كلام الرسـول وقـراءة الكتاب بنـاء على أن قولهـا زوجت نفسى شـطر العقـد عنـدهما والشـهادة فى شـطرى العقـد شرط لأنه يصـير عقـدا بالشـطرين فاذا لم يسمعا كلام الرسـول وقراءة الكتاب فلم توجـد الشهـادة عـلى العقـد ، وقول الزوجـة بانفرادهـا عقـده عنـده وقـد حضر الشـاهدان(٤) ، هـذا وقد ذكر ابن نجيم فى البحر الرائق أن الرسول فى النكاح اذا ضمن المهر ثم أنكر المرسـل الرسالة ولا بينة فان الضـمان لا يسـقط عن الرسـول(٥) ولو ضمن الرسول المهـر ثم جحـد الزوج الرسـالة فقـد اختلف المشـايخ فيمـا يلزم الرسـول ، وصحح فى المحيط أن المرأة اذا طلبت التفـريق من القـاضى وفرق بينهـا وبين الزوج كان لهـا عـلى الرسـول نصف المهـر ، وان لم تطلب التفـريق كان لهـا جميـع المهـر(٦) ، وكما يصح الارسـال فى النكاح يصـح فى الطـلاق فقـد ذكر صـاحب بدائع الصـنائع ـ فى حـكم الارسـال

(١) الخلاف فى الفقه تصنيف أبى جعفر محمد ابن الحسن الطوسى ج ١ ص ١٠٩ ، ١١٠ طبع مطبعة رنكين فى طهران .

(٢) شرح النيل وشفاء العليل للشيخ محمـد ابن يوسف أطفيش ج ١ ص ٣٦٤ طبع المطبعة السلفية فى القاهرة سنة ١٣٤٣ هـ .

(٣) بدائع الصنائع للكاسانى ج ٢ ص ٢٣١ .

(٤) المرجع السابق ج ٢ ص ٢٣٣ .

(٥) البحر الرائق لابن نجيم ج ٣ ص ١٥١ .

(٦) المرجع السابق ج ٣ ص ١٨٩ .

بالطلاق – أن الزوج اذا أرسل طلاق امرأته الغائبة على يد انسان فذهب الرسول اليها وأبلغها الرسالة على وجهها وقع عليها الطلاق لأن الرسول ينقل كلام المرسل فكان كلامه مثل كلام من أرسله[١] ، ثم قال الكاسانى أنه روى عن محمد أن العدة تجب من وقت ارسال الطلاق وتنقضى اذا حاضت ثلاث حيض من ذلك الوقت ولا تصح الرجعة بعد ذلك[٢] هذا وروى صاحب البحر الرائق عن البزازية أن الخلع اذا جرى بين الزوج والمرأة فاليها القبول سواء كان البدل مرسلا أو مطلقا أو مضافا الى المرأة أو الأجنبى اضافة ملك أو ضمان ، ومتى جرى الخلع بين الأجنبى والزوج فان كان البدل مرسلا فالقبول اليها وان كان مضافا الى الأجنبى اضافة ملك أو ضمان فالى الاجنبى لا الى المرأة [٣] وتعقبه الرملى بقوله : المرسل كقولها اخلعنى على هذا العبد أو على هذا الألف أو على هذه الدار فان قدرت على تسليمه سلمته والا فالمثل فيما له مثل والقيمة فى القيمى ، والمطلق كقولها خالعنى على عبد أو ألف أو ثوب ، والمضاف كقولها خالعنى على عبدى هذا أو عبدك أو عبد فلان وما أشبهه[٤] ، ثم ذكر ابن نجيم أن الوكيل بالخلع أن أرسل البدل ارسالا بأن قال للزوج : اخلع امرأتك بألف درهم أو على هذه الالف وأشار الى ألف للمرأة كان البدل على المرأة ولا يطالب به الوكيل[٥] .

مذهب المالكية :

فى الخطبة ذكر الحطاب أن ابن القطان قال : وللرجل أن يبعث امرأة تنظر له ، وروى أن النبى صلى الله عليه وسلم بعث أم سليم تنظر الى امرأة وقال لها : شمى عوارضها وانظرى الى عرقوبها فلو بعث الرجل خاطبا قال البرزلى : الظاهر أنه يجوز له أن يفوض اليه فى النظر اليها على حسب ما كان له وينزل منزلته ما لم يخف عليه مفسدة من النظر اليها ، وقيل : لا يصح ذلك الا للناكح فقط[٦] . هذا والمالكية على أنه يصح أن يرسل الرجل رسولا يخطب له امرأة لكنهم فى حكم خطبة الرسول تلك المرأة لنفسه مختلفون ، فمالك يكره ذلك وابن ناجى يبيحه فقد روى الحطاب أن صاحب التوضيح قال : قال مالك فى سماع ابن أبى أويس : أكره اذا بعث رجل رجلا يخطب امرأة أن يخطبها الرسول لنفسه وأراها خيانة ولم أر أحدا رخص فى ذلك . ثم ذكر أن ابن ناجى قال فى شرح

---

(١) بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للكاسانى ج ٣ ص ١٢٦ نفس الطبعة المتقدمة .

(٢) المرجع السابق ج ٣ ص ٢٢٦ .

(٣) ابن نجيم فى البحر الرائق ج ٤ ص ١٠١ .

(٤) حاشية ابن عابدين علي البحر الرائق ج ٤ ص ١٠١ .

(٥) المرجع السابق .

(٦) مواهب الجليل لشرح مختصر سيدى خليل للحطاب فى كتاب مع التاج والاكليل ج ٣ ص ٤٠٥ الطبعة الاولى سنة ١٣٢٨ طبع مطبعة السعادة بمصر .

الرسالة : واذا أمر رجل رجلا أن يخطب له فأراد أن يخطب لنفسه فله ذلك ويعلمه بالباعث له أولا لما رواه ابن عبد البر عن ابن وهب أن جريرا البجلى طلب الى عمر أن يخطب له امرأة من دوس ، ثم طلب مروان ابن الحكم اليه ذلك لنفسه ، ثم ابنه عبد الله كذلك فدخل عليها عمر رضى الله عنه فأخبرها بهم الاول فالاول ثم خطبها لنفسه قالت : أهازىء أم جاد ؟ فقال : بل جاد ، فنكحته وولدت له ولدين ، غير أن الحطاب قيد ما روى عن الامام مالك رضى الله عنه فقال : هذا اذا خص الرسول نفسه بالخطبة [1] ، وروى الحطاب أن البساطى قال : حكم الرسول الخاطب حكم الاثنين اذا تقدما لخطبة واحدة ، فاذا ركنت لمرسله لم يجز له أن يخطب لنفسه ، وان لم تركن لمرسله جاز أن يخطب لنفسه[2] .

فى النكاح : والارسال فى النكاح جائز عند المالكية على تفصيل فيما يتعلق به ، فلو أن رجلا أتى الى امرأة فقال لها ان فلانا أرسلنى اليك يخطبك وأمرنى أن أعقد نكاحك ان رضيت فقالت قد رضيت ورضي وليها فأنكحه وضمن هذا الرسول الصداق ثم قدم فلان فقال ما أمرته ، أما النكاح فلا يثبت على ما ذكرته المدونة من قول الامام مالك ، وأما ضمان الصداق ففيه خلاف ، روى أن مالكا رضى الله عنه قال : لا يكون على الرسول شىء من الصداق الذى ضمن ، وروى أن عليا ابن زياد قال يضمن الرسول[3] ، ولو أمر رجل رجلا أن يزوجه فلانة بألف درهم فذهب المأمور فزوجها اياه بألفى درهم فعلم بذلك قبل أن يبتنى بها فان مالكا رضى الله عنه قال : يقال للزوج أن رضيت بالألفين والا فلا نكاح بينكما الا أن ترضى هى بالالف فيثبت النكاح ، وقال أشهب وسحنون : وتكون فرقتهما طلاقا ، أما ان لم يعلم الزوج بما زاد المأمور من المهر ولم تعلم المرأة أن الزوج لم يأمره الا بألف درهم وقد دخل بها ، كان لها الالف على الزوج ولا يلزم المأمور شىء لأنها صدقته والنكاح ثابت بينهما وانما جحدها الزوج تلك الالف الزائدة . فلو قال الرسول : لا والله ما أمرنى الزوج الا بألف وأنا زدت الالف الاخرى كانت الالف الزائدة على المأمور لأنه أتلف بضع الزوجة بما لم يأمره به الزوج فما زاد على ما أمره به الزوج فهو ضامن لما زاد ، ولو علم الزوج بأن المأمور قد زوجه على ألفين فدخل على ذلك وقد علمت المرأة أن الزوج انما أمر المأمور على الألف فدخلت عليه وهى

(1) نفس المرجع السابق ج ٣ ص ٤١١ ، ٤١٢ .

(2) مواهب الجليل للحطاب ج ٣ ص ٤١٢ الطبعة المتقدمة .

(3) المدونة ج ٤ ص ٢٤ .

تعلم لزم الزوج الالفان جميعا اذا علم فدخل بها أما علم المرأة وعدم علمها فسواء ، فلو قال الرسول : انا أعطى الالف التى زدت عليك أيها الزوج وقال الزوج : لا أرضى ، انما أمرتك أن تزوجنى بألف درهم لم يلزم الزوج النكاح لأنه يقول انما أمرتك أن تزوجنى بألف درهم فلا أرضى أن يكون نكاحى بألفين[1] .

فى الطلاق : وروى المواق عن اللخمى أنه قال : الزوج مع الأجنبى فى الطلاق على ثلاثة أوجه ، تمليك ووكالة ورسالة . فان وكله كان له عزله ما لم يقض بالطلاق ، واختلف اذا قال : طلق امرأتى ، هل هو تمليك أو وكالة ؟ وكان ابن القاسم يقول : هو على الرسالة ولا يقع به الطلاق الا أن يطلق يريد بالرسالة هنا الوكالة وهذا أحسن[2] ، وروى عن المدونة أن الزوج أن ملك أمر امرأته رجلين لم يجز طلاق أحدهما الا أن يكونا رسولين كالوكيلين فى البيع والشراء[3] ، وذكر الحطاب أن ابن عرفه قال : النيابة فى الطلاق توكيل أو رسالة وتمليك أو تخيير ، ثم قال : والرسالة هى أن يجعل الزوج اعلام الزوجة بثبوت الطلاق الى غيره ، ولكن الحطاب تعقب ابن عرفة فى ذلك بقوله : وفى جعله الرسالة داخلة فى النيابة فى الطلاق نظر لأنه ليس فى الرسالة الا النيابة فى التبليغ لا فى ايقاع الطلاق الا أن يريد بقوله : النيابة فيه ما هو أعم من النيابة فى ايقاعه أو تبليغه[4] .

مذهب الشافعية :

فى الخطبة : ذكر الشبراملسى فى حاشيته على نهاية المحتاج أن من أراد النكاح لو أمكنه أن يرسل امرأة تنظرها له وتصفها له لا يجوز له أن ينظر اليها ، وقد يتوقف فان الخبر ليس كالمعاينة فقد يدرك الناظر من نفسه عند المعاينة ما تقصر العبارة عنه[5] ، بينما قال الخطيب فى الاقناع أنه ان لم يتيسر نظره اليها أو لم يرده بعث امرأة أو نحوها تتأملها وتصفها له ، ويجوز للمبعوث أن يصف للباعث زائدا على ما ينظره فيستفيد بالبعث فى النكاح مالا يستفيده بنظره[6] هذا وذكر الامام الشافعى رضى الله عنه فى الأم أنه اذا قال الرجل : قد أرسلنى فلان فزوجه الولى ، أو كتب الخاطب كتابا فزوجه الولى وجاءه

---

(١) المدونة ج ٤ ص ٢٤ ، ٢٥ الطبعة الاولى طبع مطبعة السعادة سنة ١٣٢٣ هـ .

(٢) التاج والاكليل للمواق فى كتاب مع شرح الحطاب ج ٤ ص ٩٨ .

(٣) المرجع السابق .

(٤) شرح الحطاب لمختصر سيدى خليل ج ٤ ص ٩١ ، ٩٢ .

(٥) حاشية الشبراملسى على نهاية المحتاج وبهامشه حاشية المغربى ج ٦ ص ١٨٩ طبع شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابى الحلبى سنة ١٣٥٧ هـ وسنة ١٩٣٨ م .

(٦) الاقناع فى حل الفاظ أبى شجاع للشيخ محمد الشربينى الخطيب ج ٢ ص ١٢٠ طبع مطبعة دار احياء الكتب العربية .

بعلم التزويج فان مات الزوج قبل أن يقر بالرسالة أو الكتاب لم ترثه المرأة ، وان لم يمت فقال لم أرسل ولم أكتب فالقول قوله مع يمينه ، فان قامت عليه بينة برسالة بخطبتها أو كتاب بخطبتها ثبت عليه النكاح ، وهكذا لو مات ولم يقر بالنكاح أو جحده فقامت عليه بينة ثبت عليه النكاح وكان لها عليه المهر الذى سمى لها ولها منه الميراث ، فاذا زوج الولى رجلا غائبا بخطبة غيره وقال الخاطب لم يرسلنى ولم يوكلنى فالنكاح باطل(١) .

فى الطلاق : وفى حكم الارسال بالطلاق جاء فى حاشية البجرمى على المنهج : لو كتب الزوج اذا بلغك كتابى فأنت طالق فانها تطلق ببلوغه لها غير ممحو ، فلو انمحى كله لم تطلق فى الأصح ، ولو بقى أثره بعد المحو وأمكن قراءته طلقت ، وان وصل بعضه فان انمحى أو ضاع موضع الطلاق فقط لم تطلق ، وان ادعت وصول كتابه بالطلاق فأنكر صدق بيمينه(٢) ، وذكر صاحب مغنى المحتاج أنه لو أمر الزوج أجنبيا أن يقول لزوجته أنت بائن ونوى الزوج لم تطلق(٣) ، لأن لفظ بائن كناية يحتاج الى نية والشرط أن تكون الكناية والنية من واحد وهنا الكناية من الأجنبى والنية من الزوج فلا يقع الطلاق عندهما أى النووى والرافعى .

مذهب الحنابلة :

فى الخطبة : والحنابلة على اباحة الارسال فى رؤية من يريد نكاحها فقد جاء فى كشف القناع أنه ان لم يتيسر له النظر أو كرهه بعث اليها امرأة ثقة تتأملها ثم تصفها له ليكون على بصيرة(٤) .

فى الطلاق ، وفى حكم الارسال فى الطلاق ذكر ابن قدامة أن الرجل اذا كتب الى امرأته : أما بعد فأنت طالق طلقت فى الحال سواء وصل اليها الكتاب أو لم يصل ، وعدتها من حين كتبه ، وان كتب اليها : اذا وصلك كتابى فأنت طالق فأتاها الكتاب طلقت عند وصوله اليها وان ضاع ولم يصلها لم تطلق لأن الشرط وصوله ، وان ذهبت كتابته بمحو أو غيره ووصل الكاغد لم تطلق لأنه ليس بكتاب ، وكذلك ان انطمس ما فيه لعرق أو غيره لأن الكتاب عبارة عما فيه الكتابة ، وان ذهبت حواشيه أو تخرق منه شىء لا يخرجه عن كونه كتابا ووصل باقيه طلقت لأن الباقى كتاب ، وان تخرق بعض ما فيه الكتابة أى ما فيه ذكر الطلاق فذهب ووصل باقيه لم تطلق

---

(١) الام للامام الشافعى ج ٥ ص ٧٣ فى كتاب على هامشه مختصر المزنى طبعة كتاب الشعب بالقاهرة .

(٢) حاشية الشيخ سليمان البجرمى على شرح منهج الطلاب ج ٤ ص ٩ طبع مطبعة دار الكتب العربية الكبرى سنة ١٣٣٠ هـ .

(٣) مغنى المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج للامام الشيخ محمد الشربينى الخطيب وبهامشه متن المنهاج للنووى ج ٣ ص ٢٦٥ .

(٤) كشاف القناع عن متن الاقناع للشيخ منصور بن ادريس الحنبلى وبهامشه شرح منتهى الارادات ج ٣ ص ٥. الطبعة الاولى طبع المطبعة العامرة الشرفية سنة ١٣١٩ هـ .

لأن المقصود ذاهب ، ولا يثبت الكتاب بالطلاق الا بشاهدين عدلين ان هذا كتابه ، ولا تقبل شهادة حامل الكتاب وحده حتى يشهد معه غيره (١) .

مذهب الظاهرية :

ذكر ابن حزم فى المحلى أنه لا يجوز أن ينوب عن الزوج غير الزوج فى الطلاق لا بوكالة ولا بغيرها لقوله تعالى : « ولا تكسب كل نفس الا عليها » (٢) فلا يجوز عمل أحد عن أحد الا حيث أجازه القرآن أو السنة الثابتة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا يجوز كلام أحد عن كلام غيره الا حيث أجازه القرآن أو سنة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يأت فى ذلك قرآن ولا سنة . وكل مكان ذكر الله تعالى فيه الطلاق فانه خاطب به الأزواج لا غيرهم (٣) .

مذهب الزيدية :

فى الخطبة والنكاح : والزيدية على أن للخاطب أن يبعث من تنظرها له اذا عجز عن ذلك فقد ذكر صاحب التاج المذهب أنه اذا عجز الخاطب عن النظر بعث امرأة تنظر اليها وتصفها له ولو وصفت له كل بدنها فانه جائز (٤)، كما أنهم يصححون أن يكون الرسول فى مقام الموجب أو القابل فقد جاء فى شرح الأزهار أن الايجاب والقبول يصحان بالرسالة والكتابة وصورة الرسالة أن يقول المرسل — بالكسر — قل لفلان يزوجنى ابنته أو يتزوج بابنتى فيحكى الرسول لفظ المرسل فكأن الناطق هو المرسل ثم يقول المرسل اليه زوجت أو تزوجت ، ولا يحتاج رسول المتزوج الى قبول بل ينعقد النكاح بقول الولى زوجت (٥) فى الطلاق : وفى حكم الارسال فى الطلاق جاء فى التاج المذهب : ومن قال لغيره أخبر امرأتى بطلاقها — أو بشرها — كان اقرارا بالطلاق فى الظاهر فقط وسواء أخبرها الرسول أم لا لا فى الباطن فله نيته الا أن تصادقه أقرا على النكاح فى الظاهر حيث لم يرد بذلك الانشاء ولم يسبق منه طلاق ولو قال : قل لها هى طالق طلقت ولو لم يقل لها الرسول ، فلو أراد وقوع الطلاق حين يقول لها الرسول فانها تصح نيته فى الباطن ، وان قال أردت توكيله بطلاقها فكذا أيضا . وان قال له : قل لها أنت طالق فهو توكيل له بطلاقها ، واذا وصل الزوجة كتاب على لسان الزوج أو رسوله لم يلزمها قبوله أى لا تكون طالقا الا بشهادة عدلين هذا فى الظاهر وأما فى الباطن فتعمل به اذا ظنت صدقه فيما هو لها لترك النفقة من ماله ونحوها

---

(١) المغنى والشرح الكبير لابن قدامه ج ٨ ص ٤١٤ ، ٤١٥ .

(٢) الآية رقم (١٦٤) من سورة الانعام .

(٣) المحلى لابن حزم الظاهرى ج ١٠ ص ١٩٦ الطبعة الاولى طبع ادارة الطباعة المنيرية بمصر سنة ١٣٥٢ هـ .

(٤) التاج المذهب لاحكام المذهب شرح متن الازهار فى فقه الائمة الاطهار لاحمد بن قاسم الصنعانى ج ٢ ص ٧ طبع احياء الكتب العربية سنة ١٩٤٧ م .

(٥) شرح الازهار ج ٢ ص ٢٣٢ ، ٢٣٣ .

وفيما هو عليها نحو التزويج بغيره اذا أقرت بصدقه كامرأة المفقود اذا أخبرها عدل بموته أو طلاقه[١] .

مذهب الامامية :

والامامية يفضلون الارسال لرؤية المرأة بقصد الزواج على الرؤية بنفسه اذا أمكن أن يعرف حالها بذلك فقد جاء في العروة الوثقى : لا فرق بين أن يمكنه المعرفة بحالها — يعنى المرأة — بنفسه وبين أن يعرفه بوجه آخر من توكيل امرأة تنظر اليها وتخبره وان كان الأحوط الاقتصار على الثانى[٢] .

مذهب الاباضية :

ذكر صاحب شرح النيل أن الزوج ان كتب بطلاق امرأته اليها أو الى غيرها أو كتبه ولم يرسله طلقت وان لم يصلها الكتاب أو المكتوب فيه لأنه قبل الكتاب أى الكتابة كلام وقيل لا تطلق الا أن نطق به حين الكتابة أو قبل أو بعد أو قرى ، وان كتب اليها اذا بلغك كتابى فأنت طالق لم تطلق حتى يبلغها عند من قال لا تطلق به أى بالكتاب ومن قال تطلق به قال طلقت بالكتاب أولا ، واذا بلغها طلقت ثانيا لأنه علق طلاقها ببلوغه اياها [٣] .

---

(١) التاج المذهب الطبعة المتقدمة ج ٢ ص ١٧٣ .

(٢) مستمسك العروة الوثقى للسيد محسن الطباطبائى الحكيم ج ١٢ ص ١٠ ، ١٤ الطبعة الثانية مطبعة النجف سنة ١٣٧٩ هـ .

(٣) شرح النيل وشفاء العليل للشيخ محمد اطفيش ج ٣ ص ٦٣٢ .

٣ — حكم الارسال فى الصيد

مذهب الحنفية :

(أ) شروط الحيوان المرسل :

ذكر صاحب بدائع الصنائع أنه يشترط فى الحيوان الذى يوسل للصيد أن يكون من الجوارح من الحيوانات من ذى الناب من السباع وذى المخلب من الطير ومعلما لقول الله تعالى (وما علمتم من الجوارح)[٤] معطوفا على قوله سبحانه وتعالى (يسئلونك ماذا أحل لهم قل : أحل لكم الطيبات) أى أحل لكم الطيبات وأحل لكم ما علمتم من الجوارح أي الاصطياد بما علمتم من الجوارح كأنهم سألوا النبى صلى الله عليه وسلم عما يحل لهم الاصطياد به من الجوارح أيضا مع ما ذكر فى بعض القصة أن النبى صلى الله عليه وسلم لما أمر بقتل الكلاب أتاه ناس فقالوا ماذا يحل لنا من هذه الأمة التى أمرت بقتلها فنزل قوله تعالى (يسئلونك .. الآية) ففى الآية الكريمة اعتبار الشرطين وهما الجرح والتعليم حيث قال عز شأنه (ويعلم ما جرحتم بالنهار) [٥] أى كسبتم ، وقوله تعالى (مكلبين) قرىء بالكسر والنصب ، وقيل بالكسر صاحب الكلب وبالنصب الكلب المعلم ، وقوله جلت عظمته (تعلمونهن) أى تعلمونهن ليمسكن الصيد لكم ولا يأكلن منه وهذا

---

(٤) الآية رقم (٤) من سورة المائدة .

(٥) الآية رقم (٦٠) من سورة الانعام .

حـد التعليم فى الكلب عنـدنا فدلت الآية على أن كون الكلب معلـما شرط لاباحـة أكل صـيده ، فلا يباح أكل صـيد غير المعـلم ، واذا ثبت هـذا الشرط فى الكلب بالنص ثبت فى كل ما هو فى معنـاه من كل ذى ناب من السـباع كالفهـد وغيره مما يحتمـل التعلم بدلالة النص ، لان فعـل الكلب انما يضاف الى المرسـل بالتعليم اذ المعـلم هو الذى يعمل لصـاحبه فيأخـذ لصـاحبه ويمسـك على صاحبه فكان فعله مضـافا الى صاحبه ، فأما غير المعلم فانما يعمل لنفسـه لا لصاحبه فكان فعله مضـافا اليه لا الى من أرسـله لذلك شرط لصحة ارسـاله أن يكون معلما ، وانما يكون الكلب معلما اذا كان بحيث اذا أرسـل اتبع الصـيد واذا أخـذه أمسكه على صاحبـه ولا يأكل منـه شـيئا لقوله عـز وجل (تعلمونهن مما علمكم الله فكلوا مما أمسكن عليكم)[١] ففى الآية اشارة الى أن حـد تعليم الكلب وما هو فى معنـاه ما قلنـا وهو الامسـاك عـلى صاحبه وترك الأكل منه لأنه شرط التعـليم ثم أباح أكل ما أمسك علينـا فكان هـذا اشـارة الى أن التعـليم أن يمسـك علينـا الصـيد ولا يأكل منـه ، ولـما روى عن عـدى بن حاتم الطـائى أنه قال : قلت يا رسـول الله انا قـوم نتصـيد بهـذه الكلاب والبزاة فمـا يحـل لنـا منهـا ؟ فقـال النبى صـلى اللـه عليـه وسـلم : يحل لكم ما علمتم من الجوارح مكلبين تعـلمونهن ما علمكم اللـه فكلوا مما أمسكن عليكم ممـا علمتموهن من كلب أو باز وذكرتم اسـم الله عليـه ، قلت : فان قتـل قال عليـه الصلاة والسـلام : اذا قتله ولم يأكل منـه فكل فانمـا أمسك عليك وان أكل فلا تأكل فانمـا أمسك عـلى نفسـه فقلت : يا رسـول اللـه : أرأيت أن خالط كلابنـا كلاب أخرى قال عليـه الصـلاة والسـلام : ان خالطت كلابكم كلاب أخـرى فلا تأكل فانك انمـا ذكرت اسـم الله تعـالى على كلبـك ولم تذكره على كلب غيرك ، ثم ان هـذا ما يتفق مع العقـل لأن أخـذ الصـيد وقتله مضاف الى المرسـل وانما الكلب آلة الأخـذ والقتل وانمـا يكون مضـافا اليـه اذا أمسك لصاحبـه لا لنفسـه لأن العـامل لنفسه يكون عمـله مضـافا اليـه لا الى غـيره والامسـاك عـلى صاحبـه أن يترك الاكل منـه ، ولأن تعليم الكلب ونحـوه هـو تبـديل طبعـه وفطامـه عن العـادة المـألوفة ولا يتحقق ذلك الا بامساك الصيد لصاحبـه وترك الاكل منه لأن الكلب ونحوه من السباع من طباعهـا أنهـا اذا أخـذت الصـيد فانمـا تأخـذه لأنفسـها ولا تصـبر عـلى أن لا تتنـاول منه فاذا أخـذ واحـد منهـا الصـيد ولم يتنـاول منـه دل أنه ترك عادته حيث أمسـك لصـاحبه ولم يأكل[٢] منـه ، فلو أرسـل رجـل كلبـه على صـيد وهو

(١) الآية رقم (٤) من سورة المائدة .

(٢) بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للكاسانى ج ٥ ص ٥٢ ، ٥٣ الطبعة الاولى سنة ١٣٢٧ هـ طبع مطبعة شركة المطبوعات العلمية المصرية

معلم فأخذ صيدا فقتله وأكل منه ثم اتبع صيدا آخر فقتله ولم يأكل منه فانه لا يؤكل واحد منهما ، لأنه لما أكل دل على عدم التعليم أو على النسيان فلا يحل صيده بعد[1] ذلك ، ومثله ما لو أرسل الكلب المعلم على صيد فتبعه فنهشه فقطع منه قطعة فأكلها ثم أخذ الصيد بعد ذلك فقتله ولم يأكل منه شيئا فانه لا يؤكل لأن الأكل منه فى حال الاصطياد دليل على عدم التعليم ، فان نهشه فألقى منه بضعة والصيد حى ثم اتبع الصيد بعد ذلك فأخذه فقتله ولم يأكل منه شيئا جاز أكله لأنه لم يوجد منه ما يدل على عدم التعلم لأنه انما قطع قطعة منه ليثخنه فيتوصل به الى أخذه فكان بمنزلة الجرح[2] ، هذا وقد ذكر صاحب البدائع أن الارسال من شروط الحيوان المرسل للصيد وكذلك الزجر عند عدمه على وجه ينزجر فيما يحتمل ذلك وهو الكلب وما فى معناه ، حتى لو ترسل بنفسه ولم يزجره صاحبه فيما ينزجر بالزجر لا يحل صيده الذى قتله لأن الارسال فى صيد الجوارح أصل ليكون القتل والجرح مضافا الى المرسل الا أن عند عدمه يقام الزجر مقام الانزجار فيما يحتمل قيام ذلك مقامه ، فان لم يوجد فلا تثبت الاضافة فلا يحل ، فلو أرسل مسلم كلبه

وسمى فزجره مجوسى فانزجر فانه يؤكل صيده ، ولو انعكس الأمر فأرسل مجوسى كلبه فزجره مسلم فانزجر لا يؤكل صيده ، وكذا لو أرسل مسلم كلبه وترك التسمية عمدا فاتبع الصيد ثم زجر فانزجر لا يؤكل صيده ، ولو لم يرسله أحد وانبعث بنفسه فاتبع الصيد فزجره مسلم وسمى فانزجر يؤكل صيده ، وان لم ينزجر لا يؤكل ، وانما كان كذلك لأن الارسال هو الأصل والزجر كالخلف عنه والخلف يعتبر حال عدم الاصل لا حال وجوده ففى المسائل الثلاثة وجد الاصل فلا يعتبر الخلف الا أن فى المسألة الأولى المرسل من أهل الارسال فيؤكل صيده وفى المسألة الثانية ليس من أهل الارسال فلا يؤكل وفى المسألة الرابعة لم يوجد الأصل فيعتبر الخلف فيؤكل صيده ان انزجر ، ولا يؤكل ان لم ينزجر لأن الزجر بدون الانزجار لا يصلح خلفا عن ارسال فكان ملحقا بالعدم فيصير كأنه يرسل بنفسه من غير ارسال ولا زجر ، ولان العبرة بالارسال فلو أرسله مسلم وسمى وزجره رجل ولم يسم على زجره فأخذ الصيد وقتله يؤكل لما ذكرنا أن العبرة للارسال فيعتبر وجود التسمية عنده[3] .

هذا ومن شروط الحيوان المرسل بقاء الارسال — على ما جاء فى بدائع الصنائع — وهو أن يكون أخذ الكلب

(١) المرجع السابق ج ٥ ص ٥٣ .
(٢) المرجع السابق ج ٥ ص ٥٤ .
(٣) المرجع السابق ج ٥ ص ٥٥ .

أو البازى الصيد فى حال فور الارسال لا فى حال انقطاعه حتى لو أرسل الكلب أو البازى على صيد وسمى فأخذ صيدا وقتله ، ثم أخذ آخر على فوره ذلك وقتله ، ثم ، وثم ، يؤكل ذلك كله لأن الارسال لم ينقطع فكان الثانى كالأول مع ما بينا أن التعيين ليس بشرط فى الصيد لأنه لا يمكن فكان أخذ الكلب أو البازى الصيد فى فور الارسال كوقوع السهم بصيدين ، فان أخذ صيدا وجثم عليه طويلا ثم مر به آخر فأخذه وقتله لم يؤكل الا بارسال مستقبل أو بزجره وتسميته على وجه ينزجر فيما يحتمل الزجر لبطلان الفور وكذلك ان أرسل كلبه أو بازه على صيد فعدل عن الصيد يمنة أو يسرة وتشاغل بغير طلب الصيد وفتر عن سنة ذلك ثم تبع صيدا آخر فأخذه وقتله لا يؤكل الا بارسال مستأنف أو أن يزجره صاحبه ويسمى فينزجر فيما يحتمل الزجر لأنه لما تشاغل بغير طلب الصيد فقد انقطع حكم الارسال فاذا صاد صيدا بعد ذلك فقد ترسل بنفسه فلا يحل صيده الا أن يزجره صاحبه فيما يحتمل الزجر لما بينا ، وان كان الذى أرسل فهدا والفهد اذا أرسل كمن ولا يتبع حتى يستمكن فيمكث ساعة ثم يأخذ الصيد فيقتله فانه يؤكل وكذلك الكلب اذا أرسل فصنع كما يصنع الفهد فلا بأس بأكل ما صاد لان حكم الارسال لم ينقطع بالكمون لانه انما يكمن ليتمكن من الصيد فكان ذلك من أسباب الاصطياد ووسيلة اليه فلا ينقطع به حكم الارسال كالوثوب والعدو وكذلك البازى اذا أرسل فسقط على شىء ثم طار فأخذ الصيد فأنه يؤكل لانه انما يسقط على شىء ليتمكن من الصيد فكان سقوطه بمنزلة كمون الفهد وكذلك الرامى اذا رمى صيدا بسهم فما أصابه فى سننه ذلك ووجهه أكل لانه اذا مضى فى سننه فلم ينقطع حكم الرمى فكان ذهابه بقوة الرامى فكان قتله مضافا اليه[1] فيحل ، هذا وذكر صاحب بدائع الصنائع أنه روى عن أبى يوسف رحمه الله أن حكم الارسال لا ينقطع بالتغير عن سننه يمينا وشمالا الا اذا رجع من ورائه[2] .

ومن شروط الحيوان المرسل — على ما ذكره صاحب البدائع — أن يكون الارسال على الصيد حتى لو أرسل على غير صيد فأصاب صيدا لا يحل لان الارسال الى غير الصيد لا يكون اصطيادا فلا يكون قتل الصيد وجرحه مضافا الى المرسل فلا تتعلق به الاباحة، وعلى هذا يخرج ماذا سمع حسا فظنه صيدا فأرسل عليه كلبه أو بازه فأصاب صيدا ، أو بان له أن الحس الذى سمعه لم يكن حس صيد وانما كان شاة أو بقرة أو آدميا فانه لا يؤكل الصيد الذى أصابه فى قولهم جميعا ، لانه تبين أنه أرسل على ما ليس بصيد فلا يتعلق

(١) بدائع الصنائع لأبى بكر بن مسعود الكاسانى ج ٥ ص ٥٥ الطبعة المتقدمة .
(٢) المرجع السابق ج ٥ ص ٥٦ .

به الحل ، هذا وان كان الحس حس صيد فأصاب صيدا ذكر الكاسانى أنه يؤكل مطلقا ـ فى قول أصحابنا الثلاثة ـ سواء كان ذلك الحس حس صيد مأكول أو غير مأكول بعد أن كان المصاب صيدا مأكولا، لان الارسال الى الصيد اصطياد مباح مأكولا كان الصيد أو غير مأكول فتتعلق به اباحة الصيد المأكول لان حل الصيد المأكول يتعلق بالارسال فاذا كان الارسال حلالا يثبت حل صيده الا أنه لا يثبت بحل الارسال حل حكم المرسل اليه لان حرمته ثبتت لمعنى يرجع الى المحل فلا تتبدل بالفعل ، ولان المعتبر فى الارسال هو قصد الصيد فأما التعيين فليس بشرط وقد قصد الصيد حلالا كان أو حراما بخلاف ما اذا كان الحس حس آدمى لان الارسال على الادمى ليس باصطياد ، فضلا عن أن يكون حلالا اذ لا يتعلق حل الصيد بما ليس باصطياد ، وفرق زفر بين حس ما يؤكل وحس مالا يؤكل فقال : ان كان ذلك الحس حس صيد لا يؤكل لحمه كالسباع ونحوها لا يؤكل لان السبع غير مأكول فالرمى والارسال اليه لا يثبت به حل الصيد المأكول ، وروى عن أبى يوسف رحمه الله أنه ان كان حس ضبع جاز أن يؤكل الصيد ، وان كان حس خنزير لم يؤكل الصيد لان الخنزير محرم العين حتى لا يجوز الانتفاع به بوجه فسقط اعتبار الارسال عليه والتحق بالعدم ، أما سائر السباع فجائز الانتفاع بها فى غير جهة الاكل فكان الارسال اليها معتبرا ، واذا سمع حسا ولكنه لا يعلم أنه حس صيد أو غير صيد فأرسل فأصاب صيدا لم يؤكل لانه اذا لم يعلم استوى الحظر والاباحة فكان الحكم للحظر احتياطا[1] ، ولو أرسل كلبه على ظبى موثق فأصاب صيدا لم يؤكل لان الموثق ليس بصيد لعدم معنى الصيد فيه وهو الامتناع فأشبه شاة ، وكذا لو أرسل بازه على ظبى وهو لا يصيد الظبى فأصاب صيدا لم يؤكل لان هذا ارسال لم يقصد به الاصطياد فصار كمن أرسل كلبا على قتل رجل فأصاب صيدا[2] .

هذا والحنفية على أن وقت الارسال هو وقت التسمية فى الذكاة الاضطرارية لا وقت الاصابة لقول النبى صلى الله عليه وسلم لعدى بن حاتم رضى الله عنه حين سأله عن صيد المعراض والكلب : اذا رميت بالمعراض وذكرت اسم الله عليه فكل وان أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل . فالسهم والكلب آلة الجرح ، والفعل يضاف الى مستعمل الآلة لا الى الآلة ، لذلك أعتبر وجود التسمية وقت الذبح والجرح وهو وقت الرمى والارسال ، فاذا أرسل كلبا على صيد وسمى فأخطأ الكلب الصيد فأخذ غير الذى أرسله عليه فقتله فلا بأس بأن يأكله لوجود التسمية على السهم

---

(١) المرجع السابق ج ٥ ص ٥٧ .
(٢) المرجع السابق ج ٥ ص ٥٨ .

عند الارسال بخلاف ما لو أضجع شاة ليذبحها وسمى ثم بدا له فأرسلها وأضجع أخرى فذبحها بتلك التسمية فانه لا يجزه ذلك ولا تؤكل لعدم التسمية على الذبيحة عند الذبح ، وعليه فلو أرسل كلبا وترك التسمية متعمدا فلما مضى الكلب فى تبع الصيد سمى ، فانه لا يؤكل ، لان التسمية لم توجد وقت الارسال[1] ، ولو رمى أو أرسل وهو مسلم ثم ارتد ، أو كان حلالا ثم أحرم قبل الاصابة وأخذ الصيد فانه يحل ، ولو كان مرتدا ثم أسلم وسمى لا يحل لأن المعتبر وقت الرمى والارسال كما تبين فتراعى الأهلية عند ذلك [2] .

ـ والتعدد تارة يكون فى ضرب الحيوان المرسل وتارة يكون فى الحيوان المرسل ذاته وتارة يكون فى من يرسل الحيوان على الصيد ... فان كان التعدد فى ضرب الحيوان المرسل فانه لا يؤثر فى الارسال فقد ذكر الكاسانى فى البدائع أنه لو أرسل الرجل كلبا معلما على صيد وسمى فأدرك الكلب الصيد فضربه فوقذه ثم ضربه ثانيا فقتله أكل[3] ، وان كان التعدد فى الحيوان المرسل على الصيد لم يؤثر كذلك ، فلو أرسل الرجل كلبين على صيد فضربه أحدهما فوقذه ثم ضربه الكلب الاخر فقتله فانه يؤكل ، لان هذا لا يدخل فى تعليم الكلب اذ لا يمكن أن يعلم بترك الجرح بعد الجرح الاول فلا يعتبر فكأنه قتله بجرح واحد[4] ، ولو أرسل مسلم كلبه فاتبع الكلب كلب آخر غير معلم لكنه لم يرسله أحد ولم يزجره بعد انبعاثه أو سبع من السباع أو ذو مخلب من الطير مما يجوز أن يعلم فيصاد به فرد الصيد عليه ونهشه أو فعل ما يكون معونة للكلب المرسل فأخذه الكلب المرسل وقتله فانه لا يؤكل لان رد الكلب ونهشه مشاركة فى الصيد فأشبه مشاركة المعلم غير المعلم والمسمى عليه غير المسمى عليه بخلاف ما اذا رد عليه آدمى أو بقرة أو حمار أو فرس أو ضب لان فعل هؤلاء ليس من باب الاصطياد فلا يزاحم الاصطياد فى الاباحة فكان ملحقا بالعدم ، فان تبع الكلب الاول كلب غير معلم ولم يرد عليه ولم يهيب الصيد ولكنه اشتد عليه وكان الذى أخذ وقتل هو الكلب المعلم فلا بأس بأكله لانهما ما اشتركا فى الاصطياد لعدم المعاونة فيحل أكله[5] وكذلك الشأن فيما اذا تعدد من يرسل الكلب ، فلو أرسل رجلان كل واحد منهما أرسل كلبه على صيد فضربه كلب أحدهما فوقذه ثم ضربه كلب الاخر فقتله فانه يؤكل لما تقدم من أن جرح الكلب بعد الجرح

---

(١) بدائع الصنائع للكاسانى ج ٥ ص ٤٩ نفس الطبعة المتقدمة .
(٢) المرجع السابق ج ٥ ص ٤٩ .
(٣) المرجع السابق ج ٥ ص ٥٧ .

(٤) المرجع السابق حـ ٥ ص ٥٧ .
(٥) المرجع السابق ج ٥ ص ٥٩ .

مما لا يمكن التحفظ عنه فلا يوجب الحظر فيؤكل ويكون الصيد لصاحب الاول لأن جراحة كلبه أخرجته عن حد الامتناع فصار ملكا له فجراحة كلب الثانى لا تزيل ملكه عنه[١] .

(جـ) حكم الارسال على صيد الحرم: جاء فى بدائع الصنائع أن الارسال على صيد الحرم لا يغير حكمه سواء كان المرسل محرما أو حلالا ، فلا يكون ذلك له ذكاة ، وانما هو ميتة لا تؤكل ، لأن التعرض لصيد الحرم بالقتل والدلالة والاشارة محرم حقا لله تعالى فقد قال الله عز وجل (أو لم يروا أنا جعلنا حرما آمنا ويتخطف الناس من حولهم)[٢] وقال النبى صلى الله عليه وسلم فى صفة الحرم (ولا ينفر صيده) والفعل فى الحرم شرعا لا يكون ذكاة سواء كان مولده الحرم أو دخل من الحل اليه ، لانه يضاف الى الحرم فى الحالين فيكون صيد الحرم [٣] .

مذهب المالكية :

(أ) شروط الحيوان المرسل : — روى صاحب التاج والاكليل أن ابن يونس قال : ان الارسال شرط فى جواز الأكل من الحيوان المصيد لأن من شرط الذكاة النية فارسال الكلب مثل نية الذابح وعلى ذلك ما روى عن مالك رضى الله عنه أنه قال : لو ابتدأ الكلب طلب الصيد أو أفلته من يده مرسلا ثم أشلاه (أى دعاه للصيد وأغراه به) ربه بعد ذلك فأخذ الصيد فقتله لم يؤكل الا أن يدرك ذكاته قبل انفاذ مقاتله لأن الكلب خرج من غير ارسال[٤] وذكر الخرشى أنه يشترط لصحة ارسال الجارح على الصيد أن لا يكون مطلقا ، وذلك بأن يكون ارسال الجارح من يد من أرسله حقيقة أو حكما كأن يرسله من يده أو من يد غلامه أو من حزامه أو من تحت قدمه أو من نحو ذلك ، فان كان الجارح مطلقا لم يؤكل ما صاده الا بذكاة[٥] ، غير أن صاحب التاج والاكليل ذكر أن مالكا قال : اذا أثار الرجل صيدا فأشلى عليه كلبه وهو مطلق فانشلى عليه وصاده من غير أن يرسله من يده فليأكل ما صاده ، ثم رجع مالك فقال : لا يؤكل حتى يطلقه من يده مرسلا له مشليا ، ولكن ابن القاسم أخذ بالأول [٦] ، ولا بد من استمرار الجارح المرسل على ارساله ليجوز أكل الصيد اذا قتل ، فقد ذكر العدوى فى حاشيته أنه يشترط فى جواز أكل الصيد اذا قتله الجارح أن يكون منبعثا من حين الارسال الى حين أخذ

(١) بدائع الصنائع ج ٥ ص ٥٠ .
(٢) الآية رقم ٦٧ من سورة العنكبوت .
(٣) بدائع الصنائع ج ٥ ص ٥٢ .

(٤) التاج والاكليل للمواق فى كتاب مع مواهب الجليل لشرح مختصر سيدى خليل ج ٣ ص ٢١٥ الطبعة الاولى سنة ١٣٢٧ هـ طبع مطبعة السعادة بمصر .
(٥) شرح الخرشى ج ٣ ص ١٠ وعلى هامشه حاشية العدوى .
(٦) التاج والاكليل للمواق ج ٣ ص ٢١٥ .

الصيد ، فلو ظهر منه ترك ما أرسل عليه بأن تشاغل بغير الصيد ثم انبعث ثانيا فلا يؤكل ، سواء كان التشاغل قليلا أو كثيرا كما هو ظاهر المدونة ، ولكن اللخمى على أن يسير التشاغل لا يقطع الارسال فهو لا يضر[١] ، أما المواق فقد فصل الحكم فى قوله : ومن أرسل كلبه أو بازه على صيد فطلبه ساعة ثم رجع عن الطلب ثم عاد فقتله ، فأن كان كالطالب له يمينا وشمالا أو عطف وهو على طلبه فهو على أول ارساله ، وان وقف لأكل الجيفة أو سقط البازى عجزا عنه ثم رآه فاصطاده ، فلا يؤكل الا بارسال[٢] ، ويشترط أيضا أن يكون المرسل من أهل الذكاة فقد ذكر صاحب التاج والاكليل أن صيد المجوسى لا يجوز أن يؤكل حتى ولو كان بارسال كلب المسلم فان عكس بان أرسل المسلم كلب المجوسى جاز أن يؤكل ما صاده ، فاذا أرسل مسلم ومجوسى كلبيهما على صيد فتعاونا أو لم يتعاونا فلم يدر أيهما الأسبق اليه فقتله فانه لا يؤكل ، وان علم أن كلب المسلم قتله ولم يمسكه كلب المجوسى أكل ، وان كان بعد امساكه لم يؤكل[٣] ، وجاء فى حاشية العدوى على شرح الخرشى أن الباجى قال : لو أرسل مسلم كلبا على صيد فاغراه مجوسى ما منعه ذلك من أكله ، ولو أرسله مجوسى ثم أغراه مسلم ما أكل المسلم من صيده؛ فالعبرة بمن يصدر عنه الارسال لا الاغراء[٤] ، وكذلك يشترطون اقتران الارسال بالتسمية فقد روى المواق أن مالكا رضى الله عنه قال : لابد من التسمية عند ارسال الجوارح لقوله تعالى : (واذكروا اسم الله عليه) [٥] وان نسى التسمية أكل وسمى الله ، قال ابن القاسم : وان ترك التسمية عمدا لم تؤكل[٦] .

(ب) حكم الارسال على صيد غير معين أو غير مرئى

يرى المالكية أنه لا يشترط فى ارسال الجارح على الصيد تعين الصيد ، فقد ذكر العدوى أن من أرسل كلبه على جماعة صيد ولم يرد واحدا منها دون الآخر فأخذها كلها أو بعضها أكل ما أخذ منها سواء نوى الجميع أو نوى كل ما يصيده ويأخذه هذا الجارح واحدا كان أو أكثر[٧] ، وذكر الخرشى أن المشهور عدم اشتراط رؤية الصيد فى صحة الارسال فلو أرسل الكلب أو الجارح على صيد فى غار أو غيضة أو كان وراء أكمة ونوى ان وجد صيدا داخل ذلك فانه اذا وجده

---

(١) حاشية العدوى على شرح الخرشى ج ٣ ص ١٠ .
(٢) التاج والاكليل للمواق ج ٣ ص ٢١٦ .
(٣) المرجع السابق ج ٣ ص ٢١٨ .
(٤) حاشية الشيخ على العدوى على شرح الخرشى ج ٣ ص ١٣ .
(٥) الآية رقم ٤ من سورة المائدة .
(٦) التاج والاكليل للمواق ج ٣ ص ٢١٩ .
(٧) حاشية العدوى على شرح الخرشى ج ٣ ص ١١ .

وأخـذه وقتله فانه يؤكل على المشـهور لان ما فى ذلك كالمعين لأنه محصـور[١] ، واذا أرسل كلبه أو جارحه أو سـهمه على صيد وهو يعلم أنه غير محرم الاكل الا أنه لم يظن جنسه من أى الاجناس المباحة الأكل ولا تحققه بل تردد فيه هل هو بقر أو حمار وحش أو نحو ذلك ، فاذا أخذ صيدا وقتله فانه يجوز أكله اذ لا يشترط فى جواز أكله أن يعلم جنسه من المباح حين الارسال عليه ، وكذا اذا أرسل على حيوان فظهر خلافه كما لو أرسل كلبه أو بازه أو سهمه على حيوان ظنه نوعا من المباح كأرنب مثلا فاذا هو ظبى فانه يؤكل على المشهور لأن الذكاة فى ذلك واحدة ، أما اذا أرسل الصائد كلبه أو نحوه على صيد تحقق أنه حرام أو ظنه حراما أو شك فيه فقتله الجارح فانه لا يؤكل ولو وجده مباحا لأنه حين رماه لم يرد صيده فلا يأكله[٢] ، وروى صاحب التاج والاكليل عن الباجى أنه يقول : الارسال على غير تعيين مثل أن يرسل كلبه على كل صيد يقوم بين يديه لا خلاف فى أن ذلك لا يجوز[٣] ، وقال الخرشى : نعم ان أرسله على صيد بعينه ونوى أن يأخذه وان كان وراءه شىء آخر أخذه فأخذ الجارح غير

---

(١) شرح الخرشى فى كتاب مع حاشية العدوى ج ٣ ص ١١ .
(٢) المرجع السابق ج ٣ ص ١١ .
(٣) التاج والاكليل للمواق ج ٣ ص ٢١٨ .

الذى رآه فانه يأكله[٤] ، فان كان الارسال على صيد غير معلوم توقف الحكم على حصر المكان وعدم حصره فقد ذكر الخرشى أن الصائد اذا أرسل على صيد غير مرئى كلبه أو بازه أو سهمه وليس المكان محصورا وقصد ما وجد فى طريقه بين يديه فانه لا يؤكل أما لو كان المكان محصورا[٥] فانه يؤكل وروى صاحب التاج والاكليل عن ابن رشد أنه قال : لو أضطرب البازى على يد صاحبه على شىء يراه ولا يراه صاحبه فأرسله صاحبه ينوى ما صاده سواء كان الذى اضطرب عليه أو غيره لجاز له أن يأكل ما صاده[٦] .

(جـ) حكم التعدد فى الارسال :ـ

أما التعدد فى الحيوان المرسل فقد روى فيه المواق أن ابن المواز قال : من أرسل كلبا على صيد ثم أمده بآخر بعد أن فارقه الأول فقتلاه أو قتله أحدهما فأكله جائز ، وان اللخمى قال : وان قتله الثانى وكان ارساله بعد أن أمسكه الأول لم يجز أكله[٧] ، فان أرسل كلبه ثم أعانه كلب آخر لم يؤكل صيده سواء كان معلما أو غير معلم الا أن يكون الكلب الذى أعانه عليه معلما قد أرسله صاحبه على الصيد بعينه اذا نوياه فقتله

---

(٤) شرح الخرشى ج ٣ ص ١١ .
(٥) المرجع السابق ج ٣ ص ١٣ ، ١٤ .
(٦) التاج والاكليل للمواق ج ٣ ص ٢١٦ ، ٢١٧ .
(٧) المرجع السابق ج ٣ ص ٢١٨ .

كلباهما فهو حلال لا بأس به[١] ، فان كان ارسال الثانى بعد أن أمسك الأول الصيد لم يحل أكله كما لو أرسل الصائد كلبه على صيد فأمسكه ثم أرسل بازا أو كلبا بعد ذلك فقتل الثانى الصيد وذلك لأنه بعد أن أمسكه الاول صار أسيرا ، أما ان كان القاتل للصيد هو الأول فلا اشكال فى جواز أكله[٢] ، فان كان التعدد فى المرسل عليه فقد سبق ذكر أحكامه فى حكم الارسال على معين أو غير معين .

(د) حكم الارسال من الحرم أو الى الحرم :

يختلف حكم الارسال من الحرم أو الى الحرم تبعا لموطن الصيد أو لمحل امساكه فان كان الصيد فى الحل قرب الحرم وأرسل الحلال كلبه أو بازه عليه فأدخله الحرم فقتل الصيد فيه كان ميتة لا يؤكل وعلى من أرسله جزاؤه ، وكذلك الحكم اذا أخرجه من الحرم وقتله خارجه ، أما لو أرسله من مكان بعيد من الحرم بحيث يغلب على الظن أن الكلب يأخذ الصيد قبل وصوله الى الحرم أو يرجع عنه فدخل به الحرم وقتله فيه أو خرج به منه فقتل الصيد خارجه فى الحل فانه لا جزاء عليه ، قال الباجى : ولا يؤكل فى الوجهين — يعنى فى القرب والبعد — لأنه محرم بحرمة الحرم ، ولو قتله خارجه قبل أن يدخله الحرم فلاجزاء ويؤكل على المشهور[٣] ، فان أرسل المحرم أو من بالحرم كلبه أو بازه على سبع ونحوه مما يجوز للمحرم قتله فأصاب صيدا غيره مما يحرم عليه فانه يلزمه جزاؤه[٤] فان كان ارسال الكلب من الحل على صيد فى الحل الا أن الكلب ليس له طريق الا الحرم فدخل الكلب الحرم ثم خرج منه فقتل الصيد فى الحل فهو ميتة وعليه جزاؤه وجوبا لأنه حينئذ منتهك لحرمة الحرم[٥] .

(هـ) حكم ارسال المحرم ما تحت يده من الصيد :

جاء فى شرح الخرشى أنه يجب على المحرم أن يرسل الصيد الذى هو ملك له اذا كان بيده أو مع رفقته والمشهور — وهو مذهب المدونة والمبسوط — أن ملكه يزول عنه بنفس الاحرام ، وأنه يجب ارساله ، فلو أرسله صاحبه فأخذه غيره قبل لحوقه بالوحش ولم يزل بيده حتى حل صاحبه فليس له أن يأخذه ممن أخذه ، وهو لآخذه ، فلو لم يرسله صاحبه بل أبقاه بيده حتى حل لوجب عليه أن يرسله ، فلو لم يرفع صاحبه يده عنه حتى مات فانه يلزمه جزاؤه ، وكذلك يلزمه جزاؤه اذا أبقاه بيده حتى حل ثم ذبحه ، ومن أحرم وفى بيته صيد فلا شىء عليه ولا يرسله سواء أحرم من منزله أو من ميقاته ، والفرق بين بيته وبين القفص أن القفص

(١) شرح الخرشى ج ٣ ص ١١ ، ١٢ .
(٢) المرجع السابق ج ٣ ص ١٤ .
(٣) المرجع السابق ج ٣ ص ٣٦٨ .
(٤) المرجع السابق ج ٢ ص ٣٦٩ .
(٥) المرجع السابق ج ٢ ص ٣٦٧ .

حامل له وينتقل بانتقاله فهو كالذى بيده، وما ببيته مرتحل عنه وغير مصاحب له (١) .

مذهب الشافعية :

(أ) شروط الارسال : أولا : يجب أن يكون الارسال مقصودا به الصيد فقد فرق الشافعية بين ارسال السهم لقصد الصيد وبين ارساله لا لقصد الصيد ، فقال صاحب الاقناع فى حل ألفاظ أبى شجاع : لو أرسل سهما لا لصيد فقتل صيدا حرم ، أما لو أرسله لصيد فأصاب غيره فانه يحل ، واذا أرسل جارحة - فغابت عنه مع الصيد أو جرحته ولم ينته بالجرح الى حركة مذبوح وغابت معه ثم وجده ميتا فيهما فانه يحرم لاحتمال أن موته بسبب آخر وهذا ما عليه الجمهور ، بينما اختار النووى فى تصحيحه الحل[٢] ، ولو أرسل الأعمى سهمه أو كلبه أو غير ذلك من جوارح السباع حرم صيده لعدم صحة قصده لانه لا يرى الصيد ، وأما الصغير غير المميز والمجنون والسكران فمقتضى عبارة المنهاج أنه حلال وهو ما قاله فى المجموع أنه المذهب ، وقيل لا يصح لعدم القصد وليس بشىء[٣] ، ثانيا : أن يكون الجارح المرسل معلما بحيث اذا أرسله صاحبه استرسل أى هاج كما فى الروضة والمجموع لقوله تعالى (مكلبين)[٤] فلو أرسلها وهى معلمة ثم أكلت من لحم صيد أو نحوه مما مر لم يحل ذلك الصيد فى الاظهر [٥] ، ثالثا : أن يكون المرسل عليه صيد فقد ذكر الخطيب فى الاقناع أن صاحب الروضة قال : انه اذا أرسل الكلب على ما ذكاته عقره حيث قدر عليه مما لم يقدر على ذكاته لكونه متوحشا كالضبع فانه يحل أما اذا أرسل الكلب على بعير تردى فى بئر ولم يقدر على ذكاته فانه لا يحل كما صححه فى المنهاج[٦] رابعا : أن يكون المرسل من أهل الذكاة فلو أرسل المسلم والمجوسى كلبين أو سهمين على صيد فان سبق آلة المسلم آلة المجوسى فى صورة السهمين أو كلب المسلم كلب المجوسى فى صورة الكلبين فقتل الصيد أو لم يقتله بل أنهاه الى حركة مذبوح حل ، ولو انعكس ما ذكر أو جرحاه معا وحصل الهلاك بهما أو جهل ذلك أو جرحاه مرتبا ولكن لم يذففه الاول فهلك بهما حرم الصيد[٧] .

---

(١) شرح الخرشى على مختصر خليل ج ٢ ص ٣٦٤ / ٣٦٥ .

(٢) الاقناع فى حل الفاظ ابى شجاع للشيخ محمد الشربينى الخطيب وبهامشه تقرير الشيخ عوض ج ٢ ص ٢٦٨ طبع مطبعة دار احياء الكتب العربية .

(٣) الاقناع فى حل الفاظ ابى شجاع ج ٢ ص ٢٧١ .

(٤) الآية رقم ٤ من سورة المائدة .

(٥) الاقناع للشربينى الخطيب ج ٢ ص ٢٧٠

(٦) المرجع السابق ج ٢ ص ٢٦٨ .

(٧) المرجع السابق ج ٢ ص ٢٧١ .

(ب) حكم الارسال على غير معين أو غير مرئى : أما الارســال على غــير معــين فان الشـافعية يــرون أنــه لا يؤثــر فى اباحـة الصــيد فقــد جاء فى الام : واذا أرســل الرجــل كلبــه أو ســهمه وســمى الله تبارك وتعــالى وهو يــرى صــيدا فأصــاب غيره فلا بأس بأكلــه لأنه قــد رأى صــيدا ونواه وأن أصــاب غيره[١] ، غير أنهــم يمنعــون أكل ما أرســل عليــه دون أن يــراه فالرؤية شرط لصـــحة الارســـال قال الامــام الشــافعى فى الأم : وان أرســل الرجــل كلبــه أو ســهمه ولا يرى صــيدا ونــوى فلا يأكل ولا تعمــل النيـــة الا مع عــين تــراه[٢] .

(ج) حــكم التعــدد فى الارســال : جاء فى الاقنــاع : لو أرسل كلبــا وسهما فأزمنه الكلب ثم ذبحــه الســهم حــل لانه لـما أزمنه الكلب صــار مقــدورا عليــه فلا يحل الا بذبحــه فى مذبحــة وقد وجــد ، وان أزمنه الســهم ثم قتله الكلب حــرم لانه لـما أزمنه الســهم صار مقدورا عليه فلا يحل بارســال الكلب ســواء ذبحــه الكلب فى مذبحه أولا [٣] .

(د) حــكم ارسال المحــرم أو الحــلال فى الحــرم أو فى الحــل : ـــ جاء فى مغنــى المحتاج : أنه لو أرســل المحــرم كلبا أو حل رباطه والصــيد حاضر أو غائب ثــم ظهــر فقتلــه ضمن كحــلال فعــل ذلك فى الحــرم وكــذا لو انحــل بتقصــيره ، ولو أرســل كلبــا من الحــرم على صــيد فى الحــل ، أو أرسله من الحل على صــيد فى الحرم ضمن كذلك ، ولو أرســل الكلب فى الحــل الى الصــيد فى الحــل كــذلك فدخــل الحرم فقتلــه فيه أو قتــل فيــه صــيدا غــيره ثم يضمن بخــلاف ما لو أرســل ســهما[٤] .

(هـ) حــكم ارسال المحرم ما تحت يــده من الصــيد : ـــ ذكــر الشــيخ الشربينى فى مغنى المحتــاج أن المحــرم لا يملك الصــيد بالبيــع والهبــة وقبــول الوصــية ونحــو ذلك بنـــاء على أن ملــكه يــزول عنـــه بالاحــرام لأن من يمنــع من ادامــة الملك فأولى أن يمنــع من ابتدائه ، ولأنه صــلى الله عليــه وســلم أهدى اليــه حمــار وحش فــرده فلمــا رأى ما فى وجــه المهــدى قال انا لم نرده عليــك الا أنا حــرم ، فليــس له قبضه فان قبضه بشراء أو عارية أو وديعة لا هبة وأرســله ضمن قيمته للمالك وســقط الجــزاء بخلافــه فى الهبــة فلا ضــمان، وان رده لمالكه سقطت القيمــة لا الجــزاء مالم يرســل ، ويملــكه بالإرث ولا يــزول ملكه عنــه الا بارســاله كما صرح بتصحيحه فى المجموع لدخوله فى ملكه قهــرا ، ويجب ارســاله كما لو أحــرم وهو فى ملــكه فلــو

(١) الأم للامام الشــافعى فى كتاب بهامشه مختصر الامام المزنى ج ٢ ص ١٩٣ طبعة كتاب الشعب بالقاهرة .
(٢) المرجع السابق ج ٢ ص ١٩٣ .
(٣) الاقناع فى حل الفاظ ابى شجاع ج ٢ ص ٢٧٢ .
(٤) مغنى المحتاج الى معرفة الفــاظ المنهاج للامام الشيخ محمد الشربينى الخطيب وبهامشه متن المنهاج للنووى ج ١ ص ٥٠٧ .

باعــه صــح وضـمن الجـزاء مالم يرسـل حتى لو مات فى يـد المشـترى لـزم البائع الجـزاء ، وان كان فى ملكه صـيد فأحـرم زال ملكه عنه ولزمه ارساله لأنه لا يراد للدوام فتحـرم اسـتدامته كاللبـاس بخـلاف النـكاح ، فلو لم يرسـله حتى تحلل لزمـه ارسـاله اذ لا يرتفع اللزوم بالتعـدى ومن أخـذه ولو قبل ارسـاله وليـس محـرما ملـكه لأنه بعـد لـزوم الارسـال صـار مبـاحا ، ولو مات فى يـده ضـمنه ولو لم يتمـكن من ارسـاله اذ كان يمكنـه ارساله قبـل الاحـرام ، ولا يجب ارسـاله قبـل الاحـرام بلا خلاف ، ولـو أحـرم أحد مالكيه تعذر ارساله فيلزمه رفع يده عنـه على ما ذكـره فى المجمـوع ، قال الزركشى : ولو كان فى ملك الصـبى صـيد فهـل يلزم الولى ارسـاله ويغـرم قيمتـه كما يغـرم قيمـة النفقـة الزائدة بالسـفر ؟ فيـه احتمـال[١] .

مذهب الحنـابلة :

(أ) شروط الارسـال : أولها : أن يقصد المرسل بارساله الصـيد ، فقـد ذكر صاحب كشاف القناع أنه يشترط لحل الصيد ارسال الالة قاصـدا الصـيد فلـو سـقط السـيف من يـده فعقـر لم يحـل ، وان استرسـل الكلب أو غـيره بنفسـه فقتـل صـيداً لم يحـل لقـوله صلى الله عليـه وسـلم : (اذا أرسـلت كلبـك المعلـم وذكـرت اسـم الله عليـه فـكل) ولان ارسـال الجـارحة جعـل بمـنزلة الذبح ولذلك اعتـبرت التسـمية[٢] معـه

ثانيهـا : أن يكـون المرسـل جارحا ممـا يصـيد بنـابه أو بمخلبه وأن يكون معلمـا ، قال صـاحب شرح منتهى الارادات[٣] : يبـاح ما قتـل جارح معلم ممـا يصـيد بنـابه كالفهـود والـكلاب أو بمخلبـه من الطـير لقوله تعـالى : « يسئلونك ماذا أحـل لهـم قل أحـل لـكم الطيبـات وما علمتم من الجـوارح مكلبين تعلمونهن ممـا علمـكم الله فكلوا ممـا أمسـكن عليـكم واذكروا اسـم الله عليه واتقـوا الله ان الله سريع الحسـاب »[٤] . وقال صـاحب كشـاف القنـاع : فان أرسـل الجـارح وزجـره فلم يزد عـدوه لم يحـل صـيده لأن الزجر لم يزد شـيئاً عن استرسال الصـائد بنفسه ، وان زجـره فوقف ثم أرسـله وسـمى عنـد ارساله ، أو سـمى وزجـره ولم يقف لكنه زاد فى عـدوه باشـلائه حـل صـيده لأنه بمنـزلة ارسـاله لأن زجـره لـه أثـر فى عـدوه[٥] .

ثالثهـا : التسـمية ولو بغـير عربيـة ممن يحسنهـا عنـد ارسـال السـهم والجارحة لقوله تعـالى : « ولا تأكلوا ممـا لم يذكر اسـم الله عليـه » [٦] ولأن الارسـال هو الفعـل الموجود من المرسـل

---

(١) المرجع السابق ج ١ ص ٥٠٧ ، ٥٠٨ .

(٢) كشاف القناع على متن الاقتنـاع لابن ادريس الحنبلى ج ٤ ص ١٣٢ الطبعة الاولى طبع المطبعة العامرة الشرفية سنة ١٣١٩ هـ .

(٣) شرح منتهى الاراداتج ٤ ص ٢٠٠ ، ٢٠١

(٤) الآية رقم ٤ من سورة المـائدة .

(٥) كشاف القنـاع ج ٤ ص ١٣٢ الطبعة السابقة .

(٦) الآية رقم ١٢١ من سورة الانعام .

فاعتبــرت التسمية عنــده كمــا تعتبر عنــد الذبح ، ولا تعتبــر التســمية من أخــرس لتعــذرها منــه ، والظــاهر أنه لا بــد من اشــارته بهــا ، هــذا ولا يضر تقــدم التســمية بزمن يســير كالعبادات أو تأخــر يســير كالتقــدم وكذا لا يضر تأخــر كثير فى جارح اذا زجــره فانزجــر عنــد التسمية اقامــة لذلك مقــام الارســال ، وان تــرك التســمية عمــدا أو ســهوا أو جهــلا لم يبح الصــيد للآية الســابقة ، وان ســمى على صــيد فأصــاب الصــائد غيره حــل المصــاب ، ولو ســمى على ســهم ثم ألقاه ورمى بغــيره بتــلك التســمية لم يبــح [1]

رابعهــا : أن يكون المرســل من أهــل الذكاة مسلمــا كان أو كتابيــا فان رمى مســلم أو كتــابى وغير كتــابى كمجــوسى ووثنى ودرزى أو متــولد بين كتابى وغــير كتــابى ــ صــيدا أو أرســله عليــه جارحا أو شارك كلب مجــوسى كلب مســلم فى قتــل الصــيد لم يحل الصيد سواء وقع سهماهما فيه دفعة واحدة أو وقع فيه ســهم أحدهما قبل الآخر لقوله صــلى الله عليــه وســلم : « اذا أرســلت كلبــك المعلم وذكرت اســم الله عليــه فكل ، وان وجــدت معــه غيره فــلا تأكل انمــا ســميت على كلبــك ولم تســم على غــيره » ولأنه اجتمــع فى قتــله مبيح ومحــرم فغلبنــا التحــريم كالمتــولد بين ما يؤكل ومالا يؤكل ، وان أرســل المســلم أو الكتــابى كلبــا فزجــره المجوسى أو نحــوه فزاد فى عدوه حل صــيده لأن الصــائد له هو المســلم أو الكتــابى وهو من أهل الذكاة ، ولو كان العكس بأن أرسل المجوسى ونحوه كلبا فزجره المسلم لم يحل صــيده لأن الصــائد ليس من أهل الــذكاة اذ العــبرة بالارسال [2] .

(ب) حــكم الارســال على غير معــين أو غير مرئى : لا يعتبر الحنابلة الارســال على غير مرئى ، فقــد ذكر صــاحب كشــاف القنــاع أنه لو أرســل كلبه أو ســهمه الى هــدف فقتــل صــيدا لم يحــل ، أو أرسله يريد الصــيد ولا يرى صــيدا لم يحــل ، أو قصــد انســانا أو حجــرا أو رمى عبثــا غــير قاصــد صــيدا فأصاب صيــدا لم يحــل [3] ، فان كان الارســال على غير معــين حــل صــيده فلو أرســل ســهمه على صــيد فأصــاب غيره ، أو قتــل جماعة حــل الجميع لعمــوم الآية والخــبر ، ولأنه أرســله على صــيد فحــل ماصــاده ، فان أرســل ســهمه على صــيد فأعانته الريح فقتــله ولولاها ما وصــل الســهم حــل لأن قتــله بســهمه ورميه أشــبه ما لو وقع ســهمه على حجــر فــرده على الصــيد فقتــله ، ولأن الارسال له حــكم الحــل والريح لا يمكن الاحــتراز عنهــا فســقط اعتبــارها ، والجارح بمــنزلة الســهم ، فلو أرســله على صــيد فأصــاب غــيره أو على صــيد فصــاد عــددا حــل الجميع .

(ج) حكم التعــدد فى الارســال : قال صاحب كشــاف القنــاع : لو وجــد المســلم

(١) المرجع السابق ج ٤ ص ١٣٤ ، ١٣٥ .

(٢) المرجع السابق ج ٤ ص ١٣٢ .

(٣) المرجع السابق ح ٤ ص ١٣٢ .

أو الكتــابى مع كلبــه كلبــا آخــر وجهل المســلم أو الكتــابى حال الكلب الآخــر هل ســمى عليه أم لا ؟ وهــل اســترسل بنفسه أم لا ؟ أو جهــل حال مرســله هل هو من أهل الصــيد أم لا ولا يعــلم أى الــكلبين قتــله أو عــلم أنهمــا قتــلاه معــا أو علم أن الكلب المجهــول هو القــاتل للصـــيد وحــده لم يبــح الصــيد لقــوله عليــه الصــلاة والســلام : وان وجــدت معــه غــيره فــلا تأكل الخ ، وان عــلم حال الكلب الذى وجــده المســلم أو الكتــابى مع كلبــه وعــلم أن الشرائط المعتــبرة قــد وجــدت فيــه بأن كان معلمــا وأرســله مســلم أو كتــابى مسميــا حــل الصـــيد كمــا لو ذكاه معــا[1] .

(د) حكم ارسال المحــرم أو الحــلال فى الحــرم أو فى الحــل : قال ابن قــدامة فى المغنى : واذا أرســل الحــلال كلبه من الحــل على صــيد فى الحرم فقتــله أو قتــل صــيدا على فــرع فى الحــرم أصــله فى الحــل ضــمنه ، وحكى أبو الخطــاب عن أحمــد فى رواية أخــرى أنه لا جــزاء عليه فى جميع ذلك لأن القــاتل حــلال فى الحــل ، وهــذا لا يصح فان النبى صلى الله عليــه وســلم قال : « لا ينفــر صــيدها » ولم يفــرق بين من هو فى الحــل والحــرم ، وقــد أجمــع المسلمون على تحــريم صــيد الحــرم وهــذا من صــيده ، ولأن صــيد الحــرم معصــوم بمحله بحــرمة الحــرم فــلا يختص تحــريمه بمن فى الحـــرم ، وان انعكست الحال فأرســل من الحرم كلبه على صــيد فى الحــل فلا ضــمان عليه كما فى الحــل ، وفى رواية أخــرى عن أحمــد أنه يضمن فى مثــل ذلك[2] ، فان أرســل كلبه من الحــل على صــيد فى الحــل فدخل الحــرم ثم خــرج الى الحــل فقتــل الصيد فيــه فلا جــزاء عليــه ، لأن سهمه أو كلبه لا يزيد واحــد منهما عن نفســه ، ولو عدا بنفســه فســلك الحــرم فى طريقه ثم قتــل صــيدا فى الحــل لم يكن عليــه شىء فمــا أرســله أولى[3] ، أما ان أرســل كلبــه من الحــل على صــيد فى الحل فدخــل الكلب الحــرم فقتــل صــيدا آخــر فــلا ضمان على مرســله لأنه لم يرســل الكلب على ذلك الصــيد وانمــا دخــل باختيــار نفسه فهو كمــا لو استرســل بنفسه من غير ارسال ، وان أرســله على صــيد فــدخل الصــيد الحــرم ودخــل الكلب خلفه فقتــله فى الحرم فلا ضمــان كذلك على من أرســله لأنه أرسل الكلب على صــيد مبــاح فلم يضمن كمــا لو قتــل صــيدا ســواه اذ الكلب يســترسل بنفســه ويرســـله الى جهــة فيمضى الى غيرها ، وحكى صــالح عن أحمــد أنه قال : ان كان الصــيد قريبــا من الحــرم ضــمنه لأنه فــرط بارســاله فى موضــع يظهــر أنه يدخــل الحــرم وان كان بعيــدا لم يضمن

(١) المرجع السابق ٤ ص ١٢٩ .

(٢) المغنى والشرح الكبير لابن قدامة ج ٣ ص ٣٦٠ ، ٣٦١ الطبعة الاولى طبع مطبعة المنار بمصر فى سنة ١٣٤١ هـ .

(٣) المرجع الســابق ٣ ص ٣٦٢ المطبعة السابقة .

لعـــدم التفـــريط ، وســـواء ضمن المرســـل الصـــيد فى كل ما ذكر أم يضـــمنه فانه لا يأكله لأنه صـــيد حرمى قتـــل فى الحـــرم فحـــرم [١] .

(هـ) حكم ارسال المحـــرم ما تحت يده من الصـــيد : جاء فى كشـــاف القنـــاع : وان أمســـك المحـــرم صيدا حتى تحلل من احرامه لزمه ارساله لعـــدوان يـــده عليه فان تلف الصـــيد قبـــل ارساله أو ذبحه بعـــد تحلله أو أمســـك محـــرم أو حلال صـــيد حـــرم وخـــرج به الى الحل لزمه ارساله اعتبـــارا بحال السبب فان تلف فى يده ضـــمنه لأنه تلف بسبب ســـواء كان فى الاحـــرام أو الحـــرم ، وان أحـــرم وفى يده صيـــد أو دخل الحرم المكى أو المدنى بصـــيد لم يزل ملكه عنه فيرده من أخـــذه لاســـتدامة ملكه عليـــه ويضمنه من قتـــله كســـائر الاموال المحترمة ويلزمه ارســـاله فى موضـــع يمتنع فيه لأن فى عـــدم ذلك امســـاكا للصـــيد فلم يجز كحالة الابتـــداء بدليـــل اليمين ويلزمه ازالة يده المشـــاهدة عنه مثل ما اذا كان فى قبضته أو رحله أو خيمتـــه أو قفصـــه أو كان مربوطا بحبـــل معـــه ونحوه لمـــا ســـبق دون يده الحكمية فلا يلزمه ازالتهـــا مثـــل أن يكون الصـــيد فى بيته أو فى بلده أو يد نائبه الحلال فى غير مكانه لأنه لم يفعـــل فى الصـــيد فعلا فلم يلزمه شيء كمـــا لو كان فى ملك غيره وعكس هـــذا اذا كان فى يده المشـــاهدة لأنه فعـــل الامســـاك ولا يضمنه اذا تلف بيـــده الحكمية لأنه لا تلزمه ازالتهـــا ولم يوجد منه سبب فى تلفه ، وللمحرم نقـــل الملك فى الصـــيد الذى بيـــده الحكمية ببيـــع وغيره كســـائر أملاكه ، ومن غصب الصـــيد لزمه رده الى مالكه لاســـتمرار ملكه عليه فلو تلف الصـــيد فى يد المحـــرم المشـــاهدة قبـــل التمكن من ارساله بأن نفره ليذهب فلم يذهب لم يضمنه لعدم ما يقتضيه من بعد ، وان لم يتمكن من ارساله فلم يرســـله ضمنه لأنه تلف تحت يده العادية فلزمه الضـــمان كمال الآدمى ، وان ارســـل الصـــيد انســـان من يد المحرم المشـــاهدة قهرا لم يضمنه لأنه فعـــل ما تعين على المحـــرم فعـــله فى هـــذه العين خاصة كالمغصوب ، ولأن اليـــد قـــد زال حكمهـــا وحرمتها فلو أمســـكه حتى تحلل فملكه باق عليـــه واعتبره فى المغنى كعصير تخمـــر ثم تخلل قبـــل اراقته ، وفى الكافى وجـــزم به فى الـــرعاية : يرســـله بعـــد حله كمـــا لو صـــاده [٢] ، وقال ابن قـــدامة فى المغنى : ومن ملك صـــيدا فى الحـــل فأدخـــله الحرم لزمه رفع يده عنـــه وارساله فان تلف فى يده أو أتلفه فعليه ضـــمانه كصـــيد الحل فى حق الحـــرم لأن الحـــرم سبب محـــرم للصـــيد ويوجب ضـــمانه فحرم اســـتدامة امســـاكه كالاحرام ، ولأنه صـــيد ذبحه فى الحـــرم فلزمه جزاؤه كما لو صـــاده منه [٣] .

مذهب الظاهـــرية :

(أ) شروط الارسال : أولهـــا : أن يكون

(١) المرجع السابق ج ٣ ص ٣٦٢ ، ٣٦٣ .

(٢) كشاف القناع لابن ادريس ج ١ ص ٥٨٢ الطبعة السابقة .

(٣) المغنى والشرح الكبير ج ٣ ص ٣٥٩ ، ٣٦٠ .

المرسـل من سـباع ذوات الاربع كالكلب وغيره أو من سـباع الطير كالبـازى وغيره وأن يكون هـذا المرسـل معلما بأن لا ينطلق حتى يطلقـه صاحبـه ، فاذا أطلقه انطلق ، واذا أخـذ وقتل لم يأكل من ذلك الصـيد شـيئا ، سـواء قتله بجـرح أو برض أو بصـدم أو بخنق فان كل ذلك حـلال ، فان قتله وأكل من لحمـه شـيئا فذلك الصـيد حـرام لا يحـل أكل شيء منـه [1] ، فان أرسـل جارحا من كلب أو غيره فشرب من دم الصـيد لم يضر ذلك شـيئا وحـل أكل ما قتـل لان النبى صـلى اللـه عليـه وسـلم انما حـرم علينا أكل ما قتـل اذا أكل ولـم ينهنا عن أكل ما قتل اذا ولـغ فى الدم [2] ، فان أدركه مرسـله حتى قتله وهو يريد الاكل منـه فأخـذه والجارح ينازعه الى الاكل منـه لم يحـل أكله أصـلا وهو ميتة لاننا على يقين حينئذ من أنه انما أمسـك على نفسـه لا على من أرسـله وهـذه الصفة التى حـرم الله تعـالى بها ورسـوله صلى الله عليـه وسـلم الاكل مما قتله الجـارح علينـا [3] فان ارسـل حيوانا غير معلم لم يؤكل ما قتله أصـلا سواء كان هذا الجارح متملكا أو بريا من سباع الطير أو ذوات الاربع غير متملك [4] .

(١) المحلى لابن حزم ج ٧ ص ٤٦٧ مسئلة رقم ١٠٨٢ طبع ادارة الطباعة المنيرية مطبعة النهضة بمصر سنة ١٣٤٧ هـ الطبعة الاولى .

(٢) المرجع السابق ج ٧ ص ٤٧٤ مسئلة رقم ١٠٨٣ الطبعة السابقة .

(٣) المرجع السابق ج ٧ ص ٤٧٤ مسئلة رقم ١٠٨٦ .

(٤) المحلى لابن حزم ج ١ ص ٤٧٥ مسئلة رقم ١٠٨٩ الطبعة السابقة .

وثانيها أن يكون ارسـاله عن قصـد فاذا انطلق الجـارح المعلـم أو غير المعلم من غير أن يطلقـه صاحبـه لم يحـل أكل ما قتـل الا أن تدرك فيـه بقية من الروح فيذكى ويؤكل [5] .

ثالثها اقتـران الارسـال بالتسـمية ، فقـد قـال ابن حـزم فى المحلى : ووقت تسـمية الله تعـالى فى الصـيد مع أول ارسـال الرميـة أو مع أول الضربة أو مع ارسـال الجارح لا تجـزى قبـل ذلك ولا بعده لان هـذه مبـادىء الـذكاة فاذا شرع فى الذكاة قبـل التسـمية فقد مضى منها شيء قبـل التسـمية فلم يذك كما أمر ، واذا كان بين التسـمية وبين الشروع فى الذكاة مهلة فلم تكن الذكاة مع التسـمية كما أمر فلم يذك كما أمر ولا فـرق بين قليـل المهلة وبين كثيرها [6] .

(ب) حكم الارسـال على غير معين أو غير مـرئى : والظاهـرية لا يفـرقون بين الارسـال على معين أو غير معين ومـرئى وغير مرئى فقـد ذكر صاحب المحلى أن من خـرج بجارحه فأرسـله وسـمى ونوى ما أصاب من الصيد فما أصاب فى ذلك الارسال من الصـيد فقتله فأكله حـلال سـواء كان فعل كل ذلك من منزله أو فى الصحراء [7] .

(٥) المرجع السابق مسئلة رقم ١٠٩٠ .

(٦) المرجع السـابق ج ٧ ص ٤٦٢ مسئلة رقم ١٠٦٩ .

(٧) المرجع السابق ج ٧ ص ٤٧٨ مسـئلة رقم ١٠٩٦ .

(ج) حــكم الارســال على ما شرد من الحيــوان غير الصــيد : جاء فى المحلى أن ما شرد فلم يقــدر عليــه من حيــــوان البــرّ كله ــ وحشــيه وانســيه لا تحاش شــيئا لا طائرا ولا ذا أربع ــ مما يحل أكله فان ذكاته أن يرمى بما يعمل عمل الرمــح أو عمل السيف أو عمل السهم أو عمل الســكين حاشــا ما ذكرنا أنه لا تحــل الذكاة به فان أصيب بذلك فمات قبــل أن تدرك ذكاته فأكله حــلال فان أدرك حيــا الا أنه فى ســبيل الموت السريع فأن ذبح أو نحــر فحسن والا فلا بأس بأكله وان كان لا يموت سريعــا لم يحل أكله الا بذبــح أو نحــر أو بأن يرسل عليــه ســبع من ســباع الطير أو ذوات الأربع لا ذكاة له الا بأحد هذين الوجهين (١)

(د) حكم ارســال المحــرم ما تحت يده من الصــيد : ويرى الظاهرية عــدم الزام المحــرم بأن يرســل ما فى يده من صــيد الحــلال فقد ذكر ابن حــزم أن كل ما صاده المحل فى الحــل فأدخله الحــرم أو وهبــه لمحــرم أو اشتراه محــرم فحــلال للمحــرم ولمن فى الحــرم ملكه وذبحــه وأكله وكذلك من أحــرم وفى يده صــيد قد ملكه قبــل ذلك أو فى منزله قريبا أو بعيــدا أو فى قفص معــه فهو حــلال له أكله وذبحــه وملكه وبيعــه ، وانما يحــرم عليــه ابتداء التصيد للصــيد وتملكه وذبحــه حينئذ فقــط فلو ذبحــه لكان ميتة ولو انتزعه حــلال من يده لكان للذى انتزعه ولا يملكه المحــرم وان أحل الا بأن يحــدث له تملكا بعــد احلاله (٢) .

مذهب الزيدية :

(أ) شروط صــحة الارســال : أولهــا وثانيها وثالثهــا : أن يكون المرســل حيوانا معلما وأن يكون من أرســله مســلما مسميا عند الارســال فقد جاء فى شرح الازهــار أنه يشــترط أن يكون الحيــوان المعلم قد أرســله مســلم مســم عند الارســال لان حالة الارســال كحالة الذبــح فلو كان كافرا أو لم يســم لم يحــل ما قتله المرســل (٣) ، وانما يحــل صــيد المســلم بارســال الكلب والرمى بالســهم حيث لم يشاركه كافــر فيهما ، فان شــاركه فى ذلك حرم ، ولعــل الخــلاف فى مشاركة كلب الذمى كالخلاف فى ذبيحتــه ، ولا تجــزىء ذبيحة الكافر ذميا كان أم حــربيا أما الحربى فلا خــلاف فيه وأما الذمى فمــذهب الهادى والقاســم أنه كالحربى فى ذلك ، وقال زيد بن على تجــوز ذبيحــة أهل الكتاب (٤) .

رابعــا : أن يكون الارســال مقصــورا فلو عــدا الكلب على صــيد من دون ارسال لم يحــل ما قتله ، وكذا لو اشترك حيــوان مرسل وغير مرســل على قتل صــيد لم يحل أكله ، أو لم يرســله الصــائد بل زجــره وقد استرسله فانزجر فانه يحل أكل ما قتله (٥)

(١) المرجع السابق ج ٧ ص ٤٥٩ مسئلة رقم ١٠٦٧ .

(٢) المحلى لابن حزم ج ٧ ص ٢٤٨ ، ٢٤٩ .

(٣) شرح الازهار المنتزع من الغيث المدرار فى فقه الائمة الاطهار ج ٤ ص ٧٤ ، ٧٥ الطبعة الثــانية .

(٤) المرجع السابق ج ٤ ص ٧٦ ، ٧٩ .

(٥) المرجع السابق ج ٤ ص ٧٤ ، ٧٥ الطبعة الثانية بمطبعة حجازى بالقاهرة سنة ١٣٥٧ هـ .

(ب) حكم الارسال على متعدد : ولو قتل صيدا كثيرا فى ذلك الارسال حل ، سواء قصد المرسل ارساله عليه كله أو لم يقصد ارساله الا على واحد ما لم يتخلل اضراب ذى الناب ، فأما لو تخلل من الكلب اضراب نحو أن يصطاد واحدا ثم يكف بأن يجثم على الاول أو يمر يمنة أو يسرة ثم يعرض له صيد آخر فيقتله فانه لا يحل أكل الثانى ولو أرسل كلبا على صيد معين فأخذ غيره فانه يحل [١] .

(جـ) حكم ارسال المحرم أو الحلال فى الحرم أو فى الحل : والزيدية يلزمون من أرسل الكلب فقتل أو طرد فى الحرم فمتى وقع فى الحرم من الكلب قتل للصيد أو طرد لزمت من أرسله القيمة سواء كان حلالا أو محرما الا أنه اذا كان محرما ألزموه مع القيمة الجزاء ، واذا طرد الكلب الصيد فى الحرم فقد لزمت القيمة ، ولو خرج الكلب والصيد من الحرم وقتله فى الحل ، فان لحق الكلب الصيد فى ابتداء ارساله عليه فى الحل فطرده حتى أدخله الحرم فقد لزمت القيمة سواء ظفر به فى الحرم أو فى الحل بعد أن دخلا الحرم [٢] .

(د) حكم ارسال المحرم ما تحت يده من الصيد : واذا استخلص المحرم صيدا من فم هرة أو سبع فتلف فى يده فوجهان أصحهما لا ضمان اذ ما على المحسنين من سبيل الا أن يكون قد تمكن من ارساله على وجه يسلم ولم يفعل ثم مات لزمه الجزاء [٣] ، واذا أمسك المحرم صيدا ثم أرسله لزمه أن يتصدق بطعام قلته وكثرته بقدر ما رأى من افزاعه [٤] .

مذهب الامامية :

(أ) شروط صحة الارسال : أولها : أن يكون الحيوان المرسل معلما بأن يسترسل اذا أرسله وينزجر اذا زجره وألا يأكل ما يمسكه فان أكل نادرا لم يقدح فى اباحة ما يقتله وكذا لو شرب دم الصيد واقتصر ولا بد فى صحة ارساله من تكرار الاصطياد به متصفا بهذه الشرائط ليتحقق حصولها فيه ولا يكفى اتفاقها مرة [٥] .

ثانيها : أن يكون من أرسله مسلما أو فى حكم المسلم فلو أرسله المجوسى أو الوثنى لم يحل أكل ما يقتله ، وان أرسله اليهودى أو النصرانى ففيه خلاف أظهره أنه لا يحل [٦] ، والاعتبار فى حل الصيد بالمرسل لا بالمعلم ، فان كان المرسل مسلما فقتل حل ، ولو كان المعلم مجوسيا أو وثنيا ولو كان المرسل غير مسلم لم يحل ولو كان المعلم مسلما [٧] .

---

(١) المرجع السابق ج ٤ ص ٧٥ ، ٧٦ ، ٧٧ الطبعة السابقة .
(٢) المرجع السابق ج ٢ ص ١٠٣ .
(٣) شرح الأزهار ج ٢ ص ٩٩ الطبعة السابقة .
(٤) المرجع السابق .
(٥) شرائع الاسلام للحلى ج ٢ ص ١٣٥ طبع دار مكتبة الحياة ببيروت .
(٦) المرجع السابق ج ٢ ص ١٣٥ ، ١٣٦ .
(٧) المرجع السابق ج ٢ ص ١٣٦ .

ثالثها : قصــد الاصــطياد فلو استرســل من نفســه لم يحل ما قتله ، نعم لو زجــره عقيب الاسترســال فوقف ثم أغــراه صح لان الاسترســال انقطــع بوقوفه وصــار الاغــراء ارســالا مستأنفا [١] .

رابعــا : أن يســمى عنــد الارســال ، فلو ترك التســمية عمــدا لم يحــل ما قتله ولا يضر لو كان نســيانا ، ولو أرســل واحــدا وســمى به آخر لم يحل الصــيد مع قتله له ، ولو ســمى فأرســل آخر كلبه ولم يســم فاشتركا فى قتــل الصــيد لم يحــل[٢] .

(ب) حــكم الارســال على غير معين أو غير مرئى : جاء فى شرائع الاســلام أنه لو أرســل كلبه على صــيد وســمى فقتــل صــيدا آخــر حل ، وكذلك لو أرســله على صــيود كبــار فتفرقت عن صــغار فقتلها حلت اذا كانت ممتنعة وكذلك الحــكم فى الآلة أما لو أرسله ولم يشاهد صيدا فاتفق اصابة الصــيد لم يحل ولو ســمى ســواء كانت الآلة كلبــا أو ســلاحا لانه لــم يقصــد الصــيد [٣] ، ولو رأى صــيدا فظنه خنزيرا أو كلبــا أو غيره مما لا يؤكل فقتله لم يحل وكذا لو أرســل كلبــا ليــلا فقتل لانه لم يقصد الارسال فجرى مجرى الاسترسال [٤] .

(جـ) حــكم التعــدد فى الارسال : ذكر صاحب شرائع الاســلام أنه لو كان مــع المســلم كلبــان أرسل أحدهما واسترســل الآخر فقتلا لم يحل ، ولو رمى ســـهما فأوصلته الريح الى الصــيد فقتله حل ، ولو أرســل المســلم والوثنى آلتهما فقتــلاه لم يحــل ســواء اتفقت آلتهما ــ مثل أن يرســلا كلبين أو ســهمين ــ أو اختلفا كأن يرسل أحدهما كلبا والآخر ســهما ســواء اتفقت الاصابة فى وقت واحــد أو وقتين اذا كان أثر كل واحــدة من الآلتين قاتلا ، ولو أثخنــه المســلم فلم تعد حيــاته مستقرة ثم ذفف عليــه الآخر حل لان القاتل المســلم ، ولو انعكس الفرض لم يحــل ولو اشــتبه الحــالان وحــرم تغليبا للحــرمة [٥] .

(د) حكم ارســال المحــرم ما تحت يده من الصــيد : ذكر الحلى فى شرائع الاســلام أنه من كان معــه صــيد فأحــرم زال ملكه عنــه ووجب ارساله ، فلو مات قبل ارســاله لزمه ضمانه ، ولو كان الصــيد نائبا عنه لم يزل ملكه عنــه [٦] ، فان أغلق على حمــام من حمــام الحــرم وله فراخ وبيض ضمن بالاغــلاق فان زال السبب وأرسلها ســليمة سقط الضمان [٧] ، وأما من دخــل بصــيد الى الحــرم فقد وجب عليــه أن يرســله ، ولو أخرجه فتلف كان عليــه ضمانه ، سواء كان التلف بســببه أو بغيره ، ولو كان طائرا مقصوصــا وجب عليــه أن يحفظه حتى يكمل ريشــه ثم يرســله [٨] .

---

(١) المرجع الساتق ج ٢ ص ١٣٥ ، ١٣٦ .
(٢) المرجع السابق جـ ٢ ص ١٣٦ .
(٣) المرجع السابق ج ٢ ص ١٣٦ .
(٤) المرجع السابق ج ٢ ص ١٤٢ .
(٥) شرائع الاسلام للحلى ج ٢ ص ١٣٦ الطبعة المتقدمة .
(٦) المرجع السابق ج ١ ص ١٤٠ .
(٧) المرجع السابق ج ١ ص ١٤١ .
(٨) المرجع السابق ج ١ ص ١٤١ .

مذهب الاباضـــية :

(أ) شروط صحة الارســـال : ـ أولا أن يكون الجارح المرســـل معلما بأن يسترســـل اذا أرســـله ربه وأن يستشلى اذا أشـــلاه ، واذا عض أمسك ولم يأكل واذا دعاه صاحبه أجـــابه واذا أراد لم يفـــر منـــه ولا يأكل العـــذرة ولا يأكلمما أمســـك ، فاذا فعـــل ذلك ثلاث مرات فهو معلم ، واذا أكل منـــه فخـــلاف فيـــه والاكثر أنه لا يحـــل وقيل : لا يشترط ثلاث مـــرات بل هو معلم من أول مرة اذا علمه بعض ذلك فتعلم [١] .

ثانيا : أن يكون المرســـــل مســـلما فان أرســـــل الكلب مســـلم فســـمى مجـــوسى فانزجر لتســـميته فأخـــذه فلا يحل ، أما اذا انعكس الحـــال فأرســـــل الكلب مجـــوسى فســـمى مســـلم فانزجر لتســـميته فأخـــذه فانه يحـــل ، وان رمى المســـــلم ســـهما أو أرســـل كلبـــا وذكر اســـم الله ثم ارتـــد قبـــل الوصـــول ففى أكله قولان وان تاب من ارتداده قبل الوصـــول أكل ، وكذا ان كان فى حـــال الارســـال مشركا أو مـــرتدا فأســـلم وســـمى قبـــل الوصـــول أكل وقيل لا [٢] .

ثالثا : يجب أن يســـــمى عنـــد ارســـال الكلب أو الســـهم لا قبله أو بعده بلا تراخ ، وان ســـمى قبله أو بعـــده بلا تراخ جـــاز وتجـــوز التسمية بعـــد الارسال ما لم يصل ما أرسله الى الصـــيد ويســـمى على الســـهم اذا وضـــعه فى كبـــد القـــوس والاولى أن يســـمى عنـــد ارســـاله ولا يسمى وهو فى كنانته ، وان سمى على الجارحة بعد ارسالها جاز والاولى أن تسمى وهى واقفة عنـــده ، وان ســـمى بعـــد الارســـال ولم تقف أن استوقفها لم يجـــز أكله لانه ســـمى حين لم يمـــلك من أمرها شيئا وكذا أن استوقفهـــا ولـــم تقف وســـــمى لانه اذا كانت لاتقف لاستيقافه فأنه ذاهب الى الصيد بلا ارسال وارســـاله الاول كلا ارســـــال لانه انتهى حين اســـتوقفه ولم يقف وقيل يأكله اذا لم يسم نسيانا ولو لم يقف لاســـتيقافه سواء ســـمى قبل الوصـــول وبعد الارســـال أو قبله بعد الاســـتيقاف تنزيلا لذلك اذ لم يقدر عليهـــا منزلة الشروع فى الذكاة بلا تسمية [٣] ، والاصـــل فى التســـمية أن تكون على الدابة التى أريد صـــيدها أو الطائر الذى أريـــد صـــيده كمـــا يســـمى على ما أريد ذبحه أو نحـــره فان فعـــل ذلك فهو الاصل والا سمّى على الجارحة المرســـلة لانها بمنزلة صاحبها الذى أمرها بالصـــيد؛ لانها طالبـــة للصـــيد مثله وذاهبـــة فيـــه فليســـم عليهـــا لتكون التســـمية عليها كتســـميتها هى، لو قـــدرت بخـــلاف نحـــو السهم فان التســـمية عليـــه كتســـمية الذابح أو الناحـــر ، ومن أرســـل كلبـــا ولم يسم فليزجره فان انزجـــر وذكر فأرســـله أكل فان لم ينزجـــر لم يأكل [٤] ، رابعا : اســـتمرار الارســـال فلو أرســـل طيرا أو كلبا أو غيرهما وســـمى على المرســـل

(١) شرح النيل وشفاء العليل للشيخ محمد اطفيش ج ٢ ص ٣٢٩ طبع مطبعة البـــارونى وشركاه .

(٢) المرجع السابق ج ٢ ص ٥٦٣ ، ٥٦٤ .

(٣) المرجع السابق ج ٢ ص ٥٦٣ .

(٤) المرجع السابق ج ٢ ص ٥٦٣ ، ٥٦٤ .

أو المرسل اليه أو عليهما فمضى لا فى جهة الصيد بعد أن رأى الجارح الصيد أو لم يره ثم رجع فيها اليه وقتله جاز أكله أما ان رجع الى ربه مطلقا — رآه أو لم يره — ثم عاد بلا ارسال اليه فقتله فلا يصح أن يؤكل الا أن أدركت ذكاته لانقضاء الارسال الاول ، وقيل ان سمى قبل الاخذ أكل وان أرسل سهما فوقع على شىء ثم على صيد حل [1] ، فان انبعثت الجارحة من غير ارسال أو أرسلها ولم تكن فى يده أكل ان سمى عليها قبل الاخذ ، وقيل : لا يأكل [2] .

(ب) حكم الارسال على غير معين أو غير مرئى : — قال صاحب شرح النيل : والمرسل اما أن يقصد بالتسمية المرسل — بفتح السين — كنبل وكلب أو أن يقصد المرسل اليه فقط كالغزال ونحوه أو أن يقصد الاثنين معا — المرسل والمرسل اليه — فان أراد عند التسمية المرسل فقط أو المرسل والمرسل اليه معا فصادف اثنين أو ثلاثة فصاعدا جاز أكلها الا اذا عين الوحش بالذكر ، واذا أراد عند التسمية المرسل اليه فقط فانه لا يؤكل الا ما سمى عليه فقط فان اشتبه عليه ما سمى عليه وما لم يسم عليه تركهما وكذا ان سمى على صيد فصادف آخر لم يؤكل الا ان كان قد سمى أيضا على المرسل [3] .

(ج)حكم ارسال المحرم أو الحلال فى الحرم أو فى الحل : جاء فى شرح النيل أن المحرم اذا أرسل كلبه على أسد فتعرض له صيد فقتله لم يلزمه الجزاء فى ذلك لانه فعل ما يجوز وقيل : يلزمه الجزاء [4] .

(د) حكم ارسال المحرم ما تحت يده من الصيد : ذكر فى شرح النيل أن الربيع قال : ومن دخل الحرم أو أحرم ومعه باز أو صقر فليرسله ، وان اصطاد بعد ما أرسله ورآه فعليه الجزاء وقيل : لا جزاء عليه لانه لم يأمره ولم يقدر على أن يمنعه [5] ، فان أمر غلامه بأن يرسل الصيد فظن الغلام أنه أمره بأن يقتله فقتله لم يلزمه الجزاء فى ذلك لانه فعل ما يجوز ، وقيل : بل يلزمه الجزاء [6]

حكم ارسال ما تحت اليد

مذهب الحنفية :

يفرق الحنفية فى ذلك بين ارسال الكلب وارسال غيره فقد ذكر ابن عابدين فى حاشيته أن بين ارسال الكلب وغيره فرقا وهو أنه اذا أرسل الكلب ولم يكن سائقا له لا يضمن ، وان أصاب فى فوره لانه ليس بمتعد اذ لايمكنه اتباعه والمتسبب لا يضمن الا اذا تعدى ، ولو أرسل دابة يضمن ما أصابت فى فورها ،سواء ساقها أو لا لأنه متعد بارسالها فى الطريق مع امكان اتباعها أفاده فى النهاية ولم يفرق أبو يوسف بين ارسال الدابة والكلب فقد

(١) المرجع السابق ٢ ص ٥٦٤ .
(٢) المرجع السابق ج ٢ ص ٥٦٤ .
(٣) المرجع السابق ج ٢ ص ٥٦٣ .
(٤) المرجع السابق ج ٢ ص ٣٣١ .
(٥) المرجع السابق ج ٢ ص ٣٢٩ .
(٦) شرح النيل ج ٢ ص ٣٣٢ .

ذكر ابن عابدين أنه جاء فى القهستانى : وعن أبى يوسف أنه يضمن بكل حال وبه أخذ عامة المشايخ وعليه الفتوى [١] ، فعلى قول أبى يوسف لا فرق بين الدابة والكلب وعلى الأول لا يضمن ما أصابه الكلب فى فوره الا اذا ساقه وما أصابته الدابة فى فورها يضمنه مطلقا ، وذكر الحصكفى أنه ان أرسل طيرا ساقه أو لم يكن سائقا له أو أرسل دابة أو كلبا ولم يكن سائقا له أو انفلتت دابة بنفسها فأصابت مالا أو آدميا نهارا أو ليلا فلا ضمان فى الكل لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم (العجماء جبار) أى المنفلتة هدر [٢] ، فان كان المرسل ماء فان الحكم يختلف تبعا لحالة الماء المرسل وطبيعة الارض فلو أرسل ماء فى أرضه فخرج الماء الى أرض غيره ، فان كان ما أرسله تحتمله أرضه فلا ضمان عليه ، وان أرسل مالا تحتمله الأرض كان ضامنا [٣] ، فان سقى أرضه ثم أرسل الماء فى النهر حتى جاوز عن أرضه وقد كان رجل أسفل منه طرح فى النهر ترابا فمال الماء عن النهر حتى غرق قصر انسان فلا ضمان على المرسل لأنه أرسل الماء فى النهر وهو غير متعد فى ذلك ، ويجب الضمان على من طرح التراب فى النهر ومنع الماء عن السيلان لأنه متعد ، ولو فتح فوهة النهر وأرسل ماء قدر ما يحتمله النهر فدخل الماء من فوره فى أرض غيره قبل أن يدخل فى أرضه فلا يكون عليه الضمان [٤] .

مذهب المالكية :

وفرق المالكية فى حكم ارسال الدابة بين ما اذا كان الموضع ليس للسرح أو كان اعتياد الناس أن يسرحوا مواشيهم فيه فقد روى المواق أن الباجى قال : من المواضع ضرب تنفرد فيه المزارع والحوائط ليس بمكان سرح وهذا لا يجوز ارسال المواشى فيه وما أفسدت فيه ليلا أو نهارا — فعلى أربابها ، وضرب جرت عادة الناس بارسال مواشيهم فيه ليلا أو نهارا فأحدث رجل فيه زرعا لا ضمان فيه على أهل المواشى ليلا أو نهارا [٥] — وروى الحطاب قول أبى عمر : انما يسقط الضمان نهارا عن أرباب الماشية اذا أطلقت دون راع ، وان كان معها راع فلم يمنعها فهو كالقائد والسائق والراكب وقد ضمن مالك القائد والسائق والراكب [٦]،وجاء فى التاج والاكليل: من أرسل فى أرضه نارا أو ماء فوصل الى أرض جاره فأفسد زرعه فانكانت أرض جاره بعيدة يؤمن أن يصل ذلك اليها فتحاملت النار بريح أو غيره فأحرقت فلا شىء عليه وان

(١) رد المحتار على الدر المختار المعروف بحاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٥٣٣ ، ٥٣٤ طبع مطبعة بولاق بمصر سنة ١٢٩٩ هـ .

(٢) الدر المختار لمحمد علاء الدين الحصكفى فى كتاب على هامش حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٥٣٤ الطبعة السابقة .

(٣) الفتاوى الخانية على هامش الفتاوى الهندية لقاضيخان محمد الأوزجندى ج ٣ ص ٢٢١ .

(٤) المرجع السابق ج ٣ ص ٢٢٢ .

(٥) التاج والاكليل للمواق على هامش كتاب مواهب الجليل للحطاب ج ٦ ص ٣٢٣ .

(٦) مواهب الجليل للحطاب ج ٦ ص ٣٢٣ .

لم يؤمن من ذلك لقربها فهو ضـــامن [١] .

مذهب الشـــافعية :

جاء فى الاقتنـــاع ان الشافعية يفـــرقون فى ذلك بين الدواب التى العـــادة فيها أن ترســـل وبين غيرها من الدواب ، فاذا كانت الدواب مما يرســـل فى العـــادة مثـــل الحمام وغيره من الطيور فلا ضمان بما أتلفته مطلقا كما حكاه فى أصـــل الروضـــة عن ابن الصباغ وذلك لأن العـــادة ارسالها [٢] .

مذهب الحنـــابلة :

فرق الحنـــابلة فى ذلك بين ارســـالها نهارا أو ليـــلا فقـــد ذكر ابن ادريس الحنبلى أن الدابة المرســـلة لا يضمن ربها أو مستعيرها ونحوه ما أفسدت من زرع أو شجر أو غيرهما نهارا اذا لم تكن يد أحد عليها ســـواء أرسلها بقـــرب ما تفســـده أولا لمـــا روى مالك عن الزهـــرى عن حـــزام بن ســـعد بن محيصة أن ناقة للبراء دخلت حائط قوم فأفســـدت فقضى رسول الله صلى الله عليه وســـلم أن على أهـــل الامـــوال حفظهـــا بالنهـــار وما أفســـدت فهو مضـــمون عليهم ، قال ابن عبد البر هـــذا وان كان مرســـلا فهو مشهور ، وحـــدث به الأئمـــة الثقات وتلقـــاه فقهاء الحجاز بالقبـــول لأن العـــادة من أهل المواشى ارســـالها نهارا للرعى وحفظها ليـــلا ، وعادة أهل الحوائط حفظهـــا نهـــارا فاذا أفســـدت شـــيئا ليـــلا كان من ضمان من هى بيـــده ان فرط فى حفظهـــا ، قال القـــاضى هـــذه المســـألة محمولة على المواضـــع التى فيها مزارع ومراعى فأما القـــرى العامرة التى لا مرعى فيهـــا الا بين مراحين كســـاقية وطـــرق زرع فليس له ارســـالها بغير حفظ فان فعـــل لزمه الضمان لتفريطه [٣] ، هـــذا واذا أرســـل صـــيدا وقال أعتقتك لم يـــزل ملكه عنـــه كما لو أرســـل البعير والبقـــرة ونحوهما من البهائم المملوكة فان ملكه لا يزول عنهـــا بذلك [٤] .

مذهب الزيدية :

وفرق الزيدية بين ارسال الكلب وغير الكلب فقد جاء فى شرح الازهار ان جناية غير الكلب ليـــلا مضمونة على صاحب الدابة لأن الحفظ فى الليـــل واجب عليـــه فقد حكم النبى صلى الله عليـــه وســـلم على أهل البهـــائم بأن يحفظـــوها ليـــلا وعلى أهل الزرائـــع بأن يحفظوها نهـــارا ، قال فى الانتصـــار وهـــذا بنـــاء على أن الأغلب أن الدواب تحفظ بالليل وترســـل بالنهـــار فلو جرت العـــادة بخلاف ذلك فى بعض البـــلاد انعكس الحـــكم ، أما جنـــاية الكلب فى الليـــل فلا ضمان فيهـــا لأنه يرســـل فى الليـــل ليحفظ ويربط فى النهار فان جنى فى النهـــار ضمنت ولو كان غير عقور ، حيث لا يعتـــاد ارساله فى النهار ، قيـــل : ولو عقـــر بالنهـــار دون الليـــل فى

(١) التاج والاكليل للمواق ج ٦ ص ٣٢١ .

(٢) الاقناع فى حل الفاظ أبى شجاع للشيخ محمد الشربينى الخطيب ج ٢ ص ٢٤٣ .

(٣) كشـــاف القناع عن متن الاقنـــاع لابن ادريس الحنبلى ج ٢ ص ٣٧١ ، ٣٧٢ الطبعة الاولى طبـــع مطبعة العـــامرة الشرفية ســـنة ١٣١٩ هـ .

(٤) المرجع السابق ج ٤ ص ١٣٤ .

الطـــريق ونحـــوها فلا ضـــمان (١) ، ومن أرســل بقــرته فنطحت بقرة غيره أو حمــاره فان كان من فورها ضــمن مطلقــا ، وان كان بعد تراخيهــا لم يضــمن الا أن تكون معــروفة بالنطح أو كان خروجهــا بالليل مع تفريطه فى حفظهــا ، وكذا ان ســيّبها فى المرعى وهى عقور ضــمن ما جنت الا أن يعقلها فلو نقضت عقالها ثم جنت لم يضمن الا أن يعلم بنقضها ، وسواء كان المرسل لها مالكها أو غيره (٢) وان كان ما فى يده انسانا غريقا حاول انقاذه فأرسله لما ثقل عليه وخشى ان أتم الامســاك أن يتلفا جميعا ضمنه من أرســله اذ صــار مباشرا للجنــاية بالارسال وقد قال على رضى الله عنــه : هو موافق للقياس ، الا أنا نقول ان كان قد أخـــرج رأســه من المــاء فلما أرسله انغمس فهلك فذلك صحيح ، وان أرســله قبل أن يخــرج رأســه من المــاء ففى تضمينه نظــر لأنه لم يهلك بارســاله حينئذ بل برسوبه فى المــاء وتســديده منافســه وهو حاصــل من قبــل امساكه وارساله فالأقرب عندى أنه لا يضمن بارســاله ، أما حــكم الارســال فى هــذه الحــال فقد قيــل انه يجوز ارســاله ويضمن لأنه صــار هالكا بكل حال فجاز الارســال لئــلا يهلكا جميعــا ، وقيــل لا يجوز الارسال كالمكره على قتــل الغير اذ الاكراه على قتــل الغير لا يعنى اباحتــه له (٣) .

مذهب الامامية :

والاماميــة فى حكم ارســال البهائم ليلا واتلافها الزرع يضمنون صاحبها قال الطوسى فى كتاب الخلاف : اذا كان للرجل بهائم فأرسلها ليــلا فأتلفت زرعا فعليــه ضمانه ، ودليلنا اجماع الفــرقة وأخبــارهم وروى أن ناقة البــراء بن عازب دخلت حائطا فأفســدته فرفع ذلك الى النبى صلى الله عليــه وســلم فقضى أن على أهل الأموال حفظهــا نهــارا وعلى أهل المواشى حفظهــا ليــلا وأن على أهلهــا بالليــل الضــمان ، ولا يوجب الامامية ارســال المــاء (٤) لســقى الزرع اذا لم يف النهــر المبــاح أو ســيل الوادى بسقى ما عليــه دفعــة على من يلى فوهة النهــر الا بعد أن يصل المــاء فى زرعه الى الشراك وفى شــجره الى القــوم وفى نخــله الى الســاق . ثم يرســل الى ما دونه ولا يجب ارســـاله قبــل ذلك ولو أدى الى تلف الأخير (٥) .

مذهب الاباضــية :

جاء فى شرح النيل أن من أطلق مواشــيه فأكلت شجرا أو زرعا أو نحو ذلك أفســدت ذلك أو غيره لأحد ضمن ، وقيــل لا يضمن ما فعلت من ذلك نهارا الا أن تعمد فوجههــا الى ذلك لمــا روى عن رســول الله صلى الله

(١) شرح الأزهار المنتزع من الغيث المدرار فى فقه الائمة الاطهار ج ٤ ص ٤٤٠ ، ٤٤١ الطبعة الثانية بمطبعة حجازى بالقاهرة سنة ١٣٥٧ هـ .
(٢) المرجع السابق ج ٤ ص ٤٤٠ .
(٣) المرجع السابق ج ٢ ص ٤١٩ .
(٤) كتاب الخلاف فى الفقه ج ٢ ص ٤٩٩ .
(٥) شرائع الاسلام للحلى ج ٢ ص ١٧٢ طبع دار مكتبة الحياة ببيروت .

عليـه وسـلم (جرح العجماء جبـار) أى جـرح الدابة مهدور فقيل ذلك اذا خـرجت عن طاقة من هى بيـده والا ضـمن ما أكلت ليـلا أو نهـارا وقيـل لا يضمن ما فعلت نهـارا لقوله صلى الله عليه وسـلم : على صاحب الطعـام حفظ طعـامه نهارا وعلى صاحب الدابة حفظها ليـلا [١] .

حكم الارسال فى العقود والمعاملات

مذهب الحنفيـة :

يرى الحنفية أن من شرائط انعقـاد البيـع اتحـاد المجلس بأن يكون الايجاب والقبول فى مجلس واحد ، واسـتثنوا من ذلك البيع بواسـطة الارسـال فقد ذكر صاحب بدائع الصنائع : أن أحـد الشطرين (أى الايجاب والقبول) من أحـد العـاقدين فى باب البيع يتوقف على الآخـر فى المجلس ولا يتوقف على الشطر الآخر من العـاقد الآخـر فيما وراء المجلس بالاجماع الا اذا كان عنـه قابل أو كان بالرسـالة أو بالكتابة ، أما الرسالة فهى أن يرسـل رسـولا الى رجـل ويقـول للرسـول : انى بعت عبـدى هـذا من فلان الغائب بكذا فاذهب اليـه وقل له : ان فلانا أرسـلنى اليـك وقال لى : قل له : انى قد بعت عبـدى هـذا من فـلان بكذا فذهب الرسـول وبلغ الرسـالة فقال : المشترى فى مجلسـه ذلك قبلت انعقـد البيـع لأن الرسـول سـفير ومعبر عن كلام المرسـل ، ناقل كلامه الى المرسـل اليـه فكأنه حضر بنفسـه فأوجب البيـع وقبـل الآخـر فى المجلس ، وكذلك هـذا الحـكم فى الاجارة والكتابة (أى كتابة العبـد) حيث أن اتحاد المجلس شرط للانعقـاد ولا يتوقف أحـد الشـطرين من أحـد العاقدين على وجـود الشـطر الآخـر اذا كان غائبـا لان كـل واحـد منهما عقـد معاوضـة الا اذا كان عن الغـائب قابل أو بالرسـالة أو بالكتابة ، ولو أرسـل رسـولا ثم رجع صـح رجوعه لان الخطـاب بالرسـالة لا يكـون فـوق المشـافهة وذا محتمل للرجـوع فهـا هنا أولى : وسـواء علـم الرسـول رجـوع المرسـل أو لم يعلـم به ، بخـلاف ما اذا وكل انسـانا ثم عـزله بغير علمه فانـه لا يصـح عزله لأن الرسـول يحكى كلام المرسـل وينقـله الى المرسـل اليه فكـان سـفيرا ومعبرا محضـا فلم يشـترط علم الرسـول بذلك ، فأما الوكيـل فانمـا يتصرف عن تفـويض الموكـل اليـه فشرط علمـه بالعـزل صـيانة عن التغـرير[٢] ، ولا يرتب الحنفيـة على قبـض الرسـول مـا اشتراه مرسـله سـقوط حقـه فى الخيـار اذا رآه فقـد ذكر صـاحب المبسـوط أنه اذا اشـترى الشـخص شـيئا ثم أرسـل رسـولا يقبضـه فهو ـ يعنى المرسـل ـ بالخيـار اذا رآه ، ورؤية الرسـول وقبضه

---

(١) شرح النيل وشفاء العليل للشيخ محمد اطفيش ج ٧ ص ٧٩ طبع مطبعة البارونى وشركاه

(٢) بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للامام علاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاسانى ج ٥ ص ١٣٧ ، ١٣٨ الطبعـة الاولى طبـع مطبعة الجمالية بمصر سنة ١٣٢٨ هـ سنة ١٩١٠ .

لا يلزمه المتــاع لأن المقصــود علم العــاقد بأوصــاف المعقــود عليه ليتم رضــاه وذلك لا يحصــل برؤية الرســول فأكثر ما فيــه أن قبض رســوله كقبضــه بنفســه ، ولو قبــض بنفســه قبل الرؤية كان بالخيــار اذا رآه فكذلك اذا أرســل رســولا فقبضــه له [١] . والحنفية يرون أن الارســال يصــح أن يكون وســيلة للاســتقراض ويكون مــا اســتقرضه الرسول للآمر ، وأنه لا يجــوز للوكيل أن يســتقرض لموكله الا أن يخــرج كلامه مخرج الرســالة والا كان ما اســتقرضه من الدراهم لــه لا لموكله ، ومن حقــه أن يمنعهــا من الموكل [٢] ، كمــا يــرون أن الارســال يصــح أن يكون وســيلة مــن وســائل اعــلام الوكيل بالتوكيل . فقــد ذكر الكاسانى أنه لو أرســل الموكل رســولا الى من يريد أن يوكله فبلــغ الرســالة صــار وكيلا بالاجمــاع [٣] ، وكذلك يصــح أن يكون وســيلة لاعلام الوكيل بالعزل فقــد جــاء فى البدائع أن الوكيــل لو كان غائبــا فكتب اليــه الموكل كتــاب العــزل فبلغــه الكتــاب وعلم بما فيه انعــزل لأن الكتــاب من الغــائب كالخطــاب من الحاضر ، وكذلك لو أرسل اليه رســولا فبلغ الرســالة وقال ان فــلانا أرســلنى اليك ويقــول : انى عزلتــك عن الوكالة فانه ينعــزل كائنا مــا كان الرســول عدلا كان أو غير عــدل ، حرا كان أو عبــدا ، صغــيرا كان أو كبيرا بعــد أن بلغ الرســالة على الوجــه الذى ذكرناه لان الرســول قائم مقــام المرســل معبر وســفير عنه فتصح ســفارته بعد أن صحت عبــارته على أى صــفة كان [٤] .

مذهب المــالكية :

ويفرق المــالكية فى حكم الارسال بالشراء تبعا للفظ الرسول فاذا أسند الشراء لنفسه طولب بالثمن واذا أسنده لمن أرسله لم يطالب بالثمن فقــد ذكر الدردير فى الشرح الكبــير والدســوقى فى حاشــيته عليه أن الرســول اذا قــال بعثنى فــلان لتبيعــه كذا بمائة أو ليشــترى منك كذا بمائة مثــلا فــرضى صاحب الســلعة فلا يطالب الرسول بالثمــن فان أنكر فــلان هــذا أنه أرســله فالثمن على الرســـــول ، أما ان قــــال : بعثنى لأشــترى أو لأشــترى له منــك فيطــالب الرســول بالثمن لانه فى الحــالة الاولــى أســند الشراء لغــيره وفى الحــالة الأخيرة أســند الشراء الــى نفســه [٥] ، وذكــر الدسوقى فى حاشــيته أنه اذا أقــر المرســل بأنه أرســله كان للبــائع غــريمان فيتبع أيهمــا شــاء الا أن يحلف المرســل أنــه دفــع الثمن للرســول فانــه يبرأ ويتبــع

---

(١) المبسوط لشمس الدين السرخسى ج ١٣ ص ٧٣ الطبعة الاولى .

(٢) بدائع الصنائع للكاسانى ج ٦ ص ٢٣ والفتاوى الهندية ج ٣ ص ٢٠٦ .

(٣) بدائع الصنائع للكاسانى ج ٦ ص ٢١ الطبعة المتقدمة .

(٤) المرجع السابق ج ٦ ص ٣٧ نفس الطبعة

(٥) الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقى فى كتاب واحد ج ٣ ص ٣٨٢ طبع دار احياء الكتب العربية لعيسى البابى الحلبى وشركاه .

الرســـول [١] وروى المواق أن مالكا قـــال : اذا أرســل البـــائع شـــخصا بالبضـــــاعة المبتاعــة فقـــال الرســـول : دفعت البضاعة وأنكر المبعوث اليـــه ضـــمن الرســـول الا أن تقـــوم له بينــــه أنه دفعهـــا[٢] اليـــه ، وفى الارســـال بالوديعة يـــرى المالكيـــة أنه لا يصـــح للمودع ـــ بالفتـــح ـــ أن يرســـل الوديعة الى ربهـــا الا باذنه ، فلو أرسلهـــا اليـــه بغـــير اذنه ، فضـــاعت أو تلفت مـــن الرســـول [٣] ضمن الا أن تعـــرض له اقامة طويلة فى الطـــريق كالســـنة مثلا فله فى هـــذه الحـــالة أن يبعثهـــا مع غـــيره ولا ضـــمان عليـــه اذا تلفت أو أخـــذها اللص ، بـــل بعثهـــا فى هـــذه الحـــالة واجب ويضـــمن ان حبســـها ، وأمـــا ان كانت الاقـــامة التى عرضت له قصـــيرة كالايـــام فالواجب ابقاؤها معـــه فان بعثهـــا ضمنهـــا ان تلفت فان كانت الاقامة متوســـطة كالشهرين خـــير فى ارسالها وفى ابقائها فلا ضـــمان ان أرســـلها وتلفت أو حبســـــها [٤] وما قيـــل فى ارســـــال المـــودع يقـــال فى وصى رب المـــال اذا بعث المـــال للورثة [٥] واذا أرســـلت الوديعـــة أو الـــدين أو رأس مـــال القراض مـــع رسول فمـــات الرســـول الذى أرســـلت معـــه قبل أن يصـــل الى بلد ربهـــا وقد ضـــاعت ولم توجـــد معه ضمن الرســـول حينئذ فتؤخـــذ من تركتـــه ســـواء كان مرســـلا من طـــرف ربها أو من طـــرف المودع أو المدين أو عامل القراض [٦] ، لأن الرسول فى الطريق يعتبر مودعا ، والمودع اذا مات ولم توجد الوديعة تكـــون فى مالـــه[٧] ، أما ان مـــات ذلـــك الرســـول بعـــد وصـــوله الى بلد ربها ولم توجـــد الوديعـــة معه فلا ضـــمان علـــى الرســـول والمصـــيبة على ربهـــا ان كان ذلك الرســـول رســـوله ، وعلى المودع ـــ بالفتح ـــ ان كـــان ذلك الرســـول رســـوله لان المودع لا يبرأ الا بوصـــول المـــال الى ربـــه أو الى رســـول ربه ببينة أو اقـــرار [٨] وروى المـــواق عن المدونـــة أن مالـــكا رضى الله عنـــه قال : ان مـــات الرســـول بعـــد وصـــوله الى بلـــد رب المرســـل به فلا شيء فى تركة الرســـول ويجب اليمين علـــى من يجـــوز أمره من ورثتـــه أنه ما يعـــلم للمرسل شـــيئا لأن الرســـول بعد الوصول الى بلد المرســـل اليه يعتبر وكيـــلا على الدفـــع وهو هنـــا قد امتثـــل ما وكل عليـــه ، وقد يخفى على ورثتـــه من كـــان أشـــهد على دفعهـــا

(١) حاشـــية الدســـوقى على الشرح الكبير وبهامشه الشرح الكبير وتقريرات الشيخ محمد عليش ج ٣ ص ٣٨٢ طبع مطبعة عيسى البابى الحلبى وشركاه .

(٢) التـــاج والاكليل لمختصر خليل لابى عبـــد الله محمد بن يوسف الشهير بالمواق على هامش كتاب مواهب الجليل لشرح مختصر أبى الضياء خليل لأبى عبد الله محمـــد بن محمد المعـــروف بالحطاب ج ٥ ص ٢٠٥ الطبعة الاولى ســـنة ١٣٢٩ هـ .

(٣) الشرح الـــكبير للدردير حـ ٣ ص ٤٢٤ الطبعة المتقدمة .

(٤) حاشية الدســـوقى على الشرح الكبير ج ٣ ص ٤٢٤ الطبعة المتقدمة .

(٥) المرجع السابق ج ٣ ص ٤٢٥ .

(٦) المرجع السابق ج ٣ ص ٤٢٦ .

(٧) التاج والاكليل لمختصر خليل للمواق ج ٥ ص ٢٥٩ الطبعة الاولى سنة ١٣٢٩ هـ .

(٨) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٣ ص ٤٢٦ .

فلا يضـمن بالشك [١] ، واختلفت أقـوال المـالكية فى حـكم ما اذا ادعى شـخص أن فـلانا أرسـله بشىء الى آخـر ففعل ثم أنكر صـاحب الشىء وقـال أودعتـه ، فقد ذكر الحطـاب أن مالكا قال فى المدونة ومن أودعتـه وديعـة فادعى أنك أمـرته بدفعهـا الى فـلان ففعـل وأنكرت أنت أن تكون أمرته فهو ضـامن الا أن تقـوم لـه بينـة أنـك أمرته بذلك وفى المبسـوط عن الامـام مالك : ان لم يشـهد ربهـا عليهـا بهـا صدق الرسـول انه أمره بذلك ويحلف ، وفى كتـاب ابن حبيب لعبـد الملـك : ان الرسـول مصـدق بكـل حال سـواء كان دينـا أو صـلة ، وسـواء أنكره القابض أو أقر بـه الا أن يقـول له : اقض عنـى فلانا دينـه على فيضـمن ان لم يشهد [٢] ، ولو مـات المـودع ــ بفتـح الـدال ــ وادعى المـودع ــ بكسر الدال ــ أنه انمـا أرسـله وأمره بأن يدفعهـا الى فلان فانـه يضـمن ويحلف الورثة على العـلم [٣] ، وروى المواق [٤] أن مالـكا قال لا يصـدق واحـد بدعـواه الدفـع الى من أرسـل اليه الا ببينة ويصـدق فى الرد الى البـاعث بلا بينـة لان الله أمر الاوصـياء بالاشـهاد بالدفع الى غـير اليـد التى أعطتهم وهـم الايتـام ولم يأمر بالاشـهاد فى الرد الـى اليـد التى أعطتك لقـوله تعـالى : (فليؤد الـذى أؤتمن أمانتـه) [٥] فاذا ادعى الرسـول انه أوصـل مـا أرسل بـه الى المرسـل اليـه ولكن المرسـل اليه أنكـر ذلك لم يصـدق الرسول الا ببينـة ولا يعمـل بتصـديق المودع لذلك الرسـول على أنـه أوصلها للمرسـل اليه ويضـمن ذلك المودع أيضـا ان كان قد دفعـها للرسـول بغـير اشـهاد لأنه لـما دفـع لغـير اليـد التى ائتمنته كان عليـه الاشـهاد فلمـا تركـه صـار مفـرطا وأما أن دفـع له باشـهاد فقـد برىء ويرجـع المرسـل اليـه على الرسـول عنـد عـدم البينـة [٦] ، وأما ان شرط الرسـول علـى من أرسـله أن يكون الدفع للمرسـل اليـه بلا بينـة فلا ضـمان عليه اذا أنكر المرسـل اليه ، وانما يضـمن المرسـل للمرسل اليـه حيث لم يشـهد الرسـول على الدفع [٧] ، وجاء فى مواهب الجليـل أن القـاضى عبد الوهاب قـال : ان الوكيـل والمـودع والرسـول مؤتمنـون فيما بينهم وبين الموكـل والمودع والمرسـل فاذا ذكروا أنهـم ردوا ما دفـع اليهـم الى أربابـه قبـل ذلك منهـم لان أرباب الأمـوال قـد أئتمنوهـم على ذلك فكان قولهم مقبـولا فيما بينهـم [٨] ، وفى

(١) التـاج والاكليل للمواق ج ٥ ص ٢٥٩ الطبعة المتقدمة .

(٢) مواهب الجليل لشرح مختصر ابى الضياء خليل لابى عبد الله محمد بن محمد المعروف بالحطاب ج ٥ ص ٢٥٩ ، ٢٦٠ الطبعـة الاولى سـنة ١٣٢٩ هـ

(٣) المرجع السابق ج ٥ ص ٢٦٠ .

(٤) التـاج والاكليل للمواق ج ٥ ص ٢١٠ الطبعة المتقدمة .

(٥) الآية رقم ٢٨٣ من سورة البقرة .

(٦) حاشية الدسـوقى على الشرح الكبير ج ٣ ص ٤٢٦ الطبعة المتقدمة .

(٧) الشرح الـكبير للدردير عـلى هامش حاشية الدسوقى ج ٣ ص ٤٣٠ ، ٤٣١ .

(٨) مواهب الجليل لشرح مختصر أبى الضياء خليل للحطاب ج ٥ ص ٢١٠ الطبعة المتقدمة .

الارســـــــال بالأمــــوال قـــال الــدردير والدســـوقى : وان بعث شـــخص الى آخــر بمـــال فاعتبره المبعوث اليه صـــدقة عليـــه وأنكر البـــاعث أنـــه أرســـله اليه صـــدقة وقال بـــل هو وديعـــة أو قرض فالرســـول شـــاهد على قـــول البـــاعث فـــان شـــهد للمرسل أخـــذه بلا يمين لتمســـكه بالاصـــل ـــ وهـــو عـــدم الصـــدقة ـــ مـــع شـــهادة الرســـول ، لان الاصـــل عـــدم خـــروج الشيء عن ملك ربـــه علـــى وجـــه خاص ، والأصـــل كالشـــاهد فلما انضـــم الأصـــل للشـــاهد صـــار البـــاعث كأن معه شاهدين فلذلك أخـــذ المـــال من غير يمين ، وان شـــهد الرســـول للمرســـل اليه أخـــذه على أنـــه صـــدقة عليه بيمين ، فان لم يشهد الرســـول ـــ بأن قال لا أدرى ـــ فالقول لرب المـــال لكن بيمين لان الاصـــل كالشاهد الواحـــد فلـــذا حلف معـــه [1] ، وفى الارســـــــال بالعـــارية : قـــال الدســـوقى والدردير : وان زعـــم شـــخص أنه مرســـل من زيـــد لاســـتعارة حلى مثـــلا له من بكر فدفـــع له بكـــــر ما طلبــــــه وزعـــــم أنه تلف منـــه ضـــمنه مرســـــله ان صـــــدقه على الارســـال ، وان لم يصـــدقه على الارســـال فللمالكية فى حكـــمه رأيان أولهمـــا ما رواه الدســـوقى عـــن ســـماع عيسى عـــن ابن القاســـم ـــ وضعفه ـــ وهو أن الرســـول يحلف لقد أرســـلنى وأنه تلف بلا تفريـــط منى ثم يبـــرأ أيضـــا وتضـــيع الحلى هدرا ، وثانيهما ما نســـبه الدســـوقى الى المدونـــة واعتمـــده وهو أن الرســـول يضـــمن اذا أنـــكر مرســـله الارســـال وحلف ، واذا كان ذلك المرســـل عبدا فجنـــاية فى رقبتـــه [2] ، واســـتدرك الدرديـــر علـــى الـــرأى الاول بقـــوله لكن الراجح ان الرســـول يضـــمن ولا يحـــلف الا لبينـــة بالارســـال فيكون الضـــمان على المرســــــل [3] . هـــذا اذا زعـــم الرســـول أن ما حملـــه تلف أمـــا لو ثبت أنه تلف بلا تفريـــط قبل وصـــوله الى المرســـل وقد صدقه المرســـل فلا ضـــمان على أحـــد لانتفـــاء الضـــمان فى العـــارية اذا ثبت تلفهـــا بـــلا تفــــريط [4] ، وان اعترف الرســـول بتعديه فى أخـــذ العـــارية بغـــير ارســـال بأن قال : لم يرســـلنى أحد وتلفت منـــه ضمن الحـــر الرشيد عاجـــلا دون الســـفيه والصبى لتفريط المعـــير بالدفع لهمـــا مع عـــدم اختيار حالهمـــا ، وان كان عبدا ضـــمن فى ذمتـــه لا رقبتـــه فلا يبـــاع لهـــا بل يتبـــع ان عتق وللســـيد اســـقاطه عنـــه [5] ، وان قـــال الرســـول أوصلت المعـــار من حـــلى ونحـــوه لمن أرســـلنى فكذبوه وأنكـــروا الارســـال فعليـــه اليمين أنهم أرســـلوه وأنه أوصـــله اليهم ، وعليهم اليمين أنهم لم يرســـلوه ولم يوصـــله لهـــم وتكون هـــدرا ، ومن نـــكل منهما ضـــمن ،

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى فى كتاب ج ٣ ص ٤٢٩ .

(٢) حاشية الدسوقى ج ٣ ص ٤٤١ .
(٣) الشرح الكبير للدردير ج ٣ ص ٤٤١ .
(٤) حاشية الدسوقى والشرح الكبير للدردير ج ٣ ص ٤٤١ .
(٥) المرجع السابق ج ٣ ص ٤٤١ .

وتعقبه الدردير بقوله : والراجح ضمان الرسول [1] .

مذهب الشافعية :

يرى الشافعية أن الارسال بالبيع جائز ولا يتأثر عقد البيع بتراخى القبول فيه فقد ذكر البجيرمى فى حاشيته على المنهج أنه لو كتب شخص الى آخر غائب عن مجلس العقد ببيع أو غيره صح ، ويشترط قبول المكتوب اليه فورا عند وقوفه على الكتاب فلو تكلم بكلام أجنبى ضر ، ويمتد خيار مجلس المكتوب اليه ما دام فى مجلس القبول أى ما لم يختر لزومه والا انقطع خياره اذ خيار المجلس ينقطع بالمفارقة أو اختيار اللزوم — وهذا هو ارسال الكتاب بالبيع [2] ، ويرون أن الارسال اذا كان متعلقا بالرهن واختلف المرسل مع المرتهن حول قيمة الرهن فالقول قول المرسل مع تفصيل فان بعث الرجل عبده مع رجل ليرهنه عند رجل آخر بمال ففعل ثم اختلف الراهن والمرتهن ، فقال الراهن أذنت له فى أن يرهن بعشرة وقال المرتهن : بل بعشرين نظرنا فان صدق الرسول الراهن حلف الرسول أنه ما رهن الا بعشرة ولا يمين على الراهن لانه لم يعقد العقد ، وان صدق الرسول المرتهن فالقول قول الراهن مع يمينه فاذا حلف بقى الرهن على عشرة وعلى الرسول عشرة لانه أقر بقبضها [3] ، وفى ارسال الوديعة ذكر الرملى أنه اذا أرسل الوديع الوديعة مع من يسقيها وهو غير ثقة ضمنها [4] . ولو ادعى الوكيل الرد على رسول الموكل وأنكر الرسول صدق الرسول ببينة لأنه لم يأتمنه فلا يقبل قوله عليه ، ولا يلزم الموكل تصديق الوكيل فى ذلك على الصحيح لانه يدعى الرد على من لم يأتمنه فليقم البينة عليه والثانى يلزمه لانه معترف بارساله ويد رسوله كيده فكأنه ادعى الرد عليه ولو صدقه الموكل على الدفع الى الرسول لم يغرم الوكيل كما قاله الاذرعى أنه الاصح ، ولو اعترف الرسول بالقبض وادعى التلف فى يده لم يلزم المالك الرجوع اليه لان الاصل عدم القبض[5] .

مذهب الحنابلة :

ويرى الحنابلة أن البيع اذا كان بطريق الارسال لم يتأثر العقد بتراخى القبول عن الايجاب فقد ذكر صاحب كشاف القناع أنه اذا

---

(1) الشرح الكبير ج ٣ ص ٤٤١ .

(2) حاشية البجرمى على شرح منهج الطلاب ج ٢ ص ١٦٩ طبع مصطفى البابى الحلبى سنة ١٣٤٥ هـ .

(3) المهذب للشيرازى ج ١ ص ٣١٧ طبع مطبعة عيسى البابى الحلبى وشركاه بمصر .

(4) نهاية المحتاج الى شرح المنهاج للرملى الشهير بالشافعى الصغير فى كتاب مع حاشية الشبراملسى وبهامشه حاشية المغربى ج ٦ ص ١١٥ طبع شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابى الحلبى سنة ١٣٥٧ هـ .

(5) مغنى المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج للشيخ محمد الشربينى الخطيب وبهامشه متن المنهاج للنووى ج ٢ ص ٢١٨ .

كان المشترى غائبا عن مجلس البيـع فكاتبه البـائع أو أرســل اليه انى بعتـك دارى بكـذا أو انــى بعت فـلانا ونسـبه بمـا يميزه — دارى بكذا فلمـا بلغ المشـترى الخبر قبـل البيع صــح عقد البيـع لأن التراخى مع غيبــة المشترى لا يــدل علــى أعراضــه عن الايجاب (١) ، وفى الارســال بالرهن ذكر صــاحب كشاف القنــاع أنــه لو قال المرتهن أرســلت وكيلك فرهن عنــدى هــذا على ألفين قبضــهما منى فقال الراهن مــا أذنت له الا فى رهنــه بألف ، فــان صــدق الرســول الراهن حلف الرســول ما رهنـــه الا بألف ولا قبــض الا ألفــا ولا يمين على الراهن لان الدعـوى على غــيره . فاذا حلف الوكيــل برئا جميعــا أى الرســول والراهن — وان نكــل الرســول عن اليمين وقضى عليــه بالنكول فعليــه الألف المختلف فيــه ولا يرجــع به على أحــد لانه يدعى أن المــرتهن ظلمــه ولا يرجــع الانســان بظلامتــه الا على من ظلمــه أو تســبب فى ظلمــه ، وان صــدق الرســول المرتــهن فقــول الراهن مــع يمينه أنه وصــله ألف فقــط ولم يأذنه فى غــيره فان نــكل الراهن عــن اليمــين قضى عليــه بالالف ويدفــع الالف الى المرتــهن ولا يرجــع بــه علــى الرســول وان حــلف الراهــن برىء مــن الألف وعلى الرســـــول الألف لانه أقــــر بقبضهـــا (٢) .

مذهب الظاهــرية :

ويجيــز الظاهــرية أن يتعلق الارســـال بعزل الوكيل فقد ذكر ابن حــزم أن الموكل اذا قال لوكيله أو كتب له : اذا بلغك رسولى فقد عزلتك فاذا بلغه الرســول صــح عزله لأن له أن يتصرف فى حقوق نفســـه كمــا يشــاء (٣) .

مذهب الزيدية :

جاز فى شرح الازهار لو أن رجــلا أرسل آخــر يســتعير له فاســتعار غير أن المعير اشترط عليــه الضــمان فأداها الى المرسل ولم يذكر له الضمان فانه يضمنها (٤) .

مذهب الاماميــة :

للاماميــة فى الاكتفاء بالارسال فى الوكالة رأيان فمن اشترط القبول فى العقد لم يكتف بالكتابة والرسالة كما لو كتب بالبيع ، ومن لم يشترط القبول فى العقد كفت الكتابة والرسالة وكان مأذونا فى التصرف وهو الأقــرب (٥) . وذكر صاحب مفتــاح الكرامة لو أن شــخصا أمر (أى أرســل) آخــر لقبض دراهم من دين له عليــه — أى على مدين — فقبــض الرســول دنانير عوضــها ، فان أخبره الرسول بالاذن فى التصرف ضــمن الرسول وان لم

(١) كشاف القناع عن متن الاقناع لابن ادريس الحنبلى ج ٢ ص ٤ وبهامشه شرح المنتهى الطبعة المتقدمة .

(٢) كشــاف القنــاع على متن الاقنــاع لابن ادريس الحنبلى ج ٢ ص ١٦٧ الطبعــة الاولى سنة ١٣١٩ هـ .

(٣) المحلى لابن حزم الظاهرى ج ٨ ص ٢٤٦

(٤) شرح الازهار المنتزع من الغيث المدرار فى فقه الائمة الاطهار ج ٣ ص ٤٢٨ الطبعة الثانية وانظر كذلك التاج المذهب ج ٣ ص ٢٥٥ .

(٥) مفتاح الكرامة للسيد محمد الجواد بن محمد الحسينى العاملى ج ٧ ص ٥٢٤ طبع مطبعة الشورى بالفجالة بمصر سنة ١٣٢٦ هـ

يخبـره الرسـول بالاذن فى التصرف وتلف المقبوض كان من ضمان الباعث لانه انما أمره بقبض دينه وهو دراهم فاذا دفع اليه دنانير كان قد صارفه من غير امره والشرط فى الصرف رضا الطرفين وقد دفع المدين الى الرسول غير ما أمره به المرسل فكان الرسول وكيلا للباعث فى تأديته الى صاحب الدين ومصارفته اياه ، فاذا تلف فى يد وكيله كان من ضمانه[1] .

مذهب الاباضية :

جاء فى كتاب النيل وشرحه أنه يجوز عرفا لا فى الحكم — وقيل يجوز فيه أيضا — بيع صبى أو رقيق ما يقل ثمنه كفاكهة بارسال من الاب أو الوصى أو الخليفة أو القائم أو السيد ارسالا مقطوعا به أو مظنونا اطمأنت النفس اليه ولم تتهمهما عند بعض مع كراهة فيما يكثر ثمنه مع العلم بالارسال أو اطمئنان النفس أنه أرسل به — والشراء كالبيع — والاصل القول بالمنع فى الصبى ، أما اذا كان الارسال من السيد لرقيقه بالبيع والشراء فقد ذكر صاحب شرح النيل أن التحقيق عنده أنه يجوز بيع العبد قطعا بدون خلاف فى المذهب ما دام مولاه قد أجاز أن يفعل ، واذا باع أو اشترى من صبى أرسله وليه أو من رقيق أرسله سيده فغلط فله أن يطلب ما غلط به من مرسلهما ، وأما ارسال المراهق فلهما فيه قولان قول يلحقه بالصبى وقول يلحقه بالبالغ هذا وان أنكر الأب أو السيد الارسال حلفا أنهما لم يرسلاه[2] ، واختلف الاباضية[3] فى جواز الارسال فى انشاء عقد السلم فقال جماعة : لا يجوز لان رسول أحدهما لم يكن مأمورا بعقد السلم وانما أمره المسلم أن يوصل ذلك الى يد المستسلم أو أمره المستسلم بالقبض له ، وقال جماعة : يجوز لان الرسول ينزل منزلة أحدهما والرسالة تنزل منزلة كلام من أرسلها لقوله تعالى (وما كان لبشر أن يكلمه الله الا وحيا أو من وراء حجاب أو يرسل رسولا)[4] وعلى هذا القول الأخير فانه يجوز أن يطلب شخص السلم من آخر بكتاب عينا ذهبا أو فضة ، وأنه يجوز أن يرسل المسلم العين بالكتاب الى طالب السلم قائلا انى قد أسلمت اليك كذا دراهم أو دنانير — فتصله فيقبضها اذا أرسلها اليه مع أحد أو فى داخل الكتاب ومثل الدراهم والدنانير فى صحة ارسالها غير الدراهم والدنانير — فى كذا كيلا أو وزنا من كيل بلدة كذا أو وزنها أو زرعها أو عددا من ثمار كذا مؤجلا لوقت كذا ، فان وافق ما ذكره المتسلف له فقد انعقد السلم على قول وهذا ظاهر كلامه ، وقيل لا ينعقد حتى يرسل اليه كتابا

(١) المرجع السابق ج ٧ ص ٦٠٥ .

(٢) شرح النيل وشفاء العليل للشيخ محمد اطفيش ج ٤ ص ١٣٤ .
(٣) المرجع السابق ج ٤ ص ٤٠٣ ، ٤٠٤ .
(٤) الآية رقم ٥١ من سورة الشورى .

آخــر أو رســولا أو يشــافهه انى قــد قبلت مــا ذكرت لى ، وان خالف مــا ذكــره المتسلف له أو لــم يذكر له المتسلف تفصــيلا غــير أنه كتب اليــه انى أريــد السلم فلا ينعقــد البيــع حتى يقــول له بلســانه أو رســوله أو كتــابه انى قد قبــلت ما كتبت الــى أو ما أرســلت الى الى آخــره [١] ، (يراجــع مصطلح ســلم وســلف) .

أمــا فى ارســال الدين الى صــاحبه فان الاباضــية يفرقون بين ارســاله بأذنه وبين ارســاله من غــير اذنه ، فقــد ذكر صــاحب شرح النيــل أنه لا يبــرأ غريم ولا يبــرأ كل من عليــه حــق بارســال ديــن أو حــق لربــه بلا أمره أو أمــر من صحت نيــابته عنــه ، وان كان ارســاله مــع أمــين أو أكثر ان لم يصــل أو لــم يعــلم بوصوله أو بعــدم وصــوله ولــزمه أن يبحث هــل وصــل فيبــرأ أو لــم يصــل فيؤدى [٢] ثم انهــم يفرقون فى ذلك بين البــراءة فيمــا بينه وبين الله وبين البــراءة فى الحــكم ، فاذا ســأل الغريم رســوله الأمين فقــال وصــلت برئ فيمــا بينه وبين الله وأمــا فى الحــكم فلا يبــرأ الا بشــهادة عادلة أو اقــرار صــاحب الحق ، واذا لم يقــل أوصلت فلا يبرأ فى الحــكم ولا فيما بينــه وبين الله حتى يعــلم بالوصــول ، فلــو كان الحــق على يتيــم أو مجنــون أو غائب فأرســله من صــحت نيابتــه عنه مع أمــين ولــم يقــل أوصــلت فلينتــظر بيــانا أو اقــرارا فان جحد صاحب الحــق الوصــول ضمن النائب من ماله وحلفــه ان اتهمــه ، وقيــل يبرأ ان أرســله مع الأمــين ولو كان امرأة أو عبــدا أو أمــة فيما بينــه وبين الله وان لم يســأله لأن الأمين حجــة فيمــا بينك وبين الله تعــالى ولو كان واحــدا [٣] . وان ادعى رســول الغــريم أو رســول كل من عليــه الحــق أنه أوصــل الــدين الى ربــه ولكن رب الدين أنكر وصــوله ولايوجد بيــان غــرمه ــ بتخفيف الراء ــ الغــريم لصــاحب الدين أى لم تــبرأ ذمتــه اذ لم يصــل الــدين الى صــاحبه ولــو كان الرســول أمينا أو متعــددا لانه لا يحــكم بشــاهد واحــد ولا بمتعدد فيمــا يدفع فيه ضرا عن نفســه أو يجــلب نفعــا وهنــا يدعــون ايصــال ما ألزموا أنفســهم ايصاله والبراءة منــه ، ولا يرجــع الغــريم على رســوله بيمين ولا بغــرم ولــو كان غــير أمين لانه قــد أمنــه اذا ادعى الايصــال وأنكر صــاحب الحــق ســواء غــرم أو لــم يغــرم الا أن اتهمــه أنه لم يوصــله أو أنه ضــيعه فعند ذلك يحلف علــى ما اتهمــه ، وكذلك ان قــال له : أشــهد على رب الــدين بالوصــول اذا أوصــلته ســواء قــال له أشــهد عدلين أو قال له أشــهد من يجــوز ونحــو ذلك أو قــال له أشــهد ولم يذكر ذلك ــ اذ المعــلوم مــن طلب الاشــهاد اشــهاد عــدلين فضــيع الاشــهاد علــى

(١) شرح النيل ج ٤ ص ٤٠١ .
(٢) المرجع السابق ج ٤ ص ٤٩٥ .
(٣) المرجع السابق ج ٤ ص ٤٩٥ ، ٤٩٦ .

الايصـــال أو أشـــهد من لا يجـــوز كأهـــل الكبـــائر فان ذلك تضييع أيضـــا وعليه فانـــه يلزم الرســـول الغـــرم للغريم اتفـــاقا كمـــا اذا أقـــر بأنه لم يوصـــله أو بأنه ضيعه[١] ، وان دفع رســـول الغـــريم الدين لمن يوصله لربه فأوصـــله بدون أمـــر الغـــريم ففيـــه قولان أحدهما : أنه يضـــمن الرســـول مثله للغريم ســـواء وصـــل أو لم يصل ، وعـــد الرســـول متبرعا علـــى من عليه الحـــق بأن أعطى عنـــه فيرد له ما قبض منـــه ليوصـــله الى من له الحق حين خالف أمر من أرســـله لانه أمـــره أن يعطى المـــال لصـــاحبه ولم يأمره أن يرســـله فكان ارســـاله تضييعا له فضـــمنه وبرىء الغـــريم أو من عليـــه الحق أن وصـــل ، وثانيهمـــا : أنـــه لا يضـــمن الرســـول للغـــريم أو لمن عليه الحـــق ان وصـــل صاحب المـــال وقال صـــاحب شرح النيل : وهـــذا عندى أظهر لان انتفـــاع من عليه المـــال ببراءة ذمتـــه لذلك الدفع يزيح ضـــمان الرســـول له لانـــه صرف مـــاله فى نفعـــه كمـــا أراد لانه أراد ايصـــال هـــذا المـــال الى صـــاحب الحـــق أو الدين فوصـــل والمقصـــود بالذات الوصـــول مع أن المعنى معقـــول فليس فى وصـــــوله بيـــد غـــير الرســـول ما يقـــوى على تضـــمين الرســـول ويناسب هـــذا قول من أقـــام الرسول مقـــام المرســـل[٢] ، وان تلف من يـــد رســـــول الغـــريم قبل الوصول ضـــمن ان ضـــيع أما اذا لم يضـــيع فـــلا يضـــمن والدين علـــى الغـــريم .

(١) شرح النيل وشفاء العليل للشيخ محمد اطفيش ج ٤ ص ٤٩٧ ، ٤٩٨ .
(٢) المرجع السابق ج ٤ ص ٤٩٩ ، ٥٠٠ .

العـــلاقة بين التوكيل والارســـال

مذهب الحنفية :

جاء فى الفتـــاوى الهندية نقـــلا عن الجامع الصغير أن أبا حنفية رحمه الله تعـــالى قال : اذا اشترى شخص طعاما ولم يره ووكل وكيلا يقبضه فقبضه الوكيل بعـــد ما رآه ونظر اليه فليس للمشـــترى أن يـــرده (أى بخيـــار الرؤيـــة) ولـــو أرســـل رســـولا يقبضـــه فقبضـــه الرســـول بعـــدما رآه ونظر اليه فللمشـــترى أن يـــرده[٣] (أى بخيـــار الرؤيـــة) وفى المبســـوط ان الوكيـــل هـــو العـــاقد وترجـــع اليـــه حقوق العقـــد فى البيـــع بخـــلاف الرسول ، فانه ســـفير ومعبر ومضـــيف العقـــد الى المرســـــل فثبت أن الوكيل ، مبـــاشر للعقـــد ، بخلاف الرســـول فانه عبـــارة عن مبلـــغ ، ولذلك كان قبـــض الوكيـــل بعـــد الرؤية مسقطا لحق الموكل[٤] فى خيـــار الرؤية بخلاف[٥] قبض الرســـول فأنه لا يســـقطه ولـــو من الرؤيـــة شىء ، والدليـــل على الفرق بين الوكالة والرســـالة أن الله تعـــالى أثبت صـــفة الرسالة لنبيه صـــلى الله عليه وســـلم ونفى الوكالـــة فى قوله تعـــالى : (وما محمـــد[٦] الا رســـــول

(٣) الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٢٠٦ .
(٤) المبســـوط للسرخسى ج ١٢ ص ٢٠٣ الطبعـــة الاولى طبع مطبعة الســـعادة بجوار محافظة مصر .
(٥) المرجع السابق ج ١٣ ص ٧٣ .
(٦) الآية رقم ١٤٤ من سورة آل عمران .

قد خلت من قبله الرسـل) وقوله تعـالى (قـل لست عليـكم بوكيل)[١] وخـالف فى ذلك أبو يوسـف ومحمـد فى الوكيـل فقـد روى صـاحب الفتـاوى الهندية نقـلا عن الذخـيرة أنهمـا رحمهما الله تعـالى قالا : الوكيل والرسـول سـواء ، وللمشترى أن يرده ان شـاء وان شـاء أخـذه ، لان الوكيـل بالقبض لا يمـلك ابطـال خيـار الرؤيـة أما الرسـول فقد أجمعـوا علـى أنه لا يملك ذلك[٢] .

حكم ضـمان ما ضاع من الرسول

مذهب الحنفية :

يرى الحنفيـة أن ضـمان ما ضـاع من الرسـول يكون على من أرسـله فلو بعث رجل رسـولا الى بزاز (بائع الثيـاب) مثلا أن ابعث بثوب كذا وكذا بثمن كذا وكذا فبعث اليه البزاز مع رسوله أو معغيره فضاع الثوب قبـل أن يصـل الى الآمر وتصـادقوا على ذلك وأقـروا به فلا ضـمان على الرسـول فى شىء ، وان بعث البـزاز مـع رسـول الآمـر فالضمان على الآمـر لان رسـوله قبض الثوب على المسـاومة وان كان رسـول رب الثوب معـه ، فاذا وصـل الثـوب الى الآمر يكون ضـامنا كمـا لو أرسل رسـولا الى رجـل وقال ابعث الى بعشرة دراهـم قرضـا فقـال نعم وبعث بها مع رسـول الآمـر فالآمر ضـامن لهـا اذا أقـر بأن رسـوله قد قبضـها وان بعث بهـا مـع غيره فـلا ضـمان على الآمر حتى يصل[٣] اليـه ، فاذا لـم يعين المرسـل رسـولا يحمـل المطلوب فبعث المرسـل اليه بالمطلوب مـع الرسول كان كمـا لو بعثـه مع غـيره لا يضـمن المرسـل الا اذا وصـل اليه ، فقـد جاء فى الفتـاوى الخانيـة أنه اذا بعث رجـل الى رجل بكتـاب مع رسـول أن ابعث الى ثوب كـذا بثمن كـذا ففعـل وبعث به مـع الذى أتـاه بالكتـاب لم يكن من مـال الآمر حتى يصـل اليـه ، وكذلك القـرض والاقتضـاء لان الرسـول هنـا رسـول بالكتاب[٤] ، أما لو قال الرسـول اقرضنى لفـلان المرسـل فأقرضه وضـاع فى يده فعلى الرسـول[٥] .

مذهب المـالكية :

يرى المـالكية أنه لا ضمان على العبـد أو الأجير اذا عطب أو ضل ما أرسل به فقـد ذكر الدسـوقى فى حاشـيته أنه اذا أرسل المسـتعير العـارية من الدواب مع عبـده أو أجـيره فعطبت أو ضـلت فلا ضـمان عليه لان الناس هكـذا يفعلـون وان لـم يعـلم ضـياعها أو تلفها الا بقـول الرسول ، وسـواء كان مأمـونا أو غير مأمـون[٦] .

مذهب الحنـابلة :

جاء فى المغنى لابن قدامة ان الامام أحمـد

(١) الآية رقم ٦٦ من سورة الانعام .
(٢) الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٦٥ .
(٣) الفتاوى الخانية على هامش الفتـاوى الهندية ج ٣ ص ٦ .
(٤) المرجع السابق ج ٣ ص ٦ .
(٥) الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٢٠٦ .
(٦) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٣ ص ٤٣٦ طبع مطبعة عيسى البابى الحلبى وشركاه

قال فى رجل له على آخر دراهــم فبعث اليه رســولا يقبضها فبعث اليه مع الرسول دينارا فضـــاع مع الرســـول فهو من مـــال الباعث لانه لم يأمـــره بمصـــارفته انمـــا كان من ضـــمان الباعث لانه دفـــع الى الرســـول غـــير ما أمره به المرســـل فان المرسل انمـــا أمـــره بقبض ماله فى ذمتـــه وهى الدراهـــم ولم يدفعهـــا وانما دفـــع دينـــارا عوضـــا عن عشرة دراهم وهـــذا صرف يفتقـــر الى رضى صـــاحب الـــدين واذنه ولـــم يأذن فصـــار الرســـول وكيـــلا للباعث فى تأديته الى صـــاحب الدين ومصـــارفته به ، فاذا تلف فى يـــد وكيله كان من ضـــمانه اللهـــم الا أن يخبـــر الرســـول الغـــريم أن رب الـــدين اذن له فى قبض الدينـــار عن الدراهم فيكون حينئـــذ من ضـــمان الرســـول لانه غـــره وأخـــذ الدينـــار علـــى أنه وكيـــل المرســـل ، وان قبض منـــه الدراهم التـــى أمر بقبضـــها فضاعت من الرســـول فهى من ضـــمان صاحب الدين لانهـــا تلفت من يـــد وكيله ، وقال أحمـــد فى رواية مهنا فى رجـــل له عنـــد آخر دنانير وثيـــاب فبعث اليـــه رســـولا وقال خـــذ دينـــارا وثوبا فأخـــذ دينارين وثوبين فضـــاعت فالضـــمان علـــى البـــاعث يعنى الـــذى أعطـــاه الدينـــارين والثوبين ويرجع بـــه على الرســـول يعنـــى عليه ضـــمان الدينـــار والثوب الزائدين انمـــا جعـــل عليه الضـــمان لانه دفعهمـــا الى من لم يؤمر بدفعهما اليـــه ورجـــع بهمـــا على الرســـول لانه غـــره وحصـــل التلف فى يـــده فاســـتقر عليه الضمـــان[1] .

مذهب الاباضـــية :

يفـــرق الاباضـــية فى حكم ضمان ما ضاع من الرســـول بين ما ضاع بتضييع منـــه وبين ما ليس فيه تضييع ، فان كان الاول ضمـــنه الرســـول ، وان ضاع بلا تضييع فهو من مال الذى أرسله كما يدل له بطلان الوكالة[2] .

ارسال الحديث عنـــد الاصوليين

ذكر صـــاحب كشـــف الاسرار أن ارســـال الحـــديث عنـــد الفقهـــاء والاصوليين هـــو تـــرك واســـطة أو أكثر بين الراوى والمروى عنـــه فهو يشـــمل المرســـل فى اصـــطلاح المحدثين ـــ وهـــو أن يترك التابعى الواســـطة التى بينـــه وبين الرســـول صـــلى الله عليـــه وســـلم ـــ والمنقطع ـــ وهـــو أن يتـــرك الرواى واســـطة بين الراويين ـــ ويشـــمل المعضل ـــ وهـــو أن يترك أكثر من واســـطة بين الراويين ـــ فالكل يســـمى ارســـالا عنـــد الفقهـــاء والاصوليين[3] .

وجـــاء فى حاشـــية عزمى زاده علـــى شرح المنـــار أن صـــاحب التوضـــيح قال : الارسال

---

(١) المغنى والشرح الكبير لابن قدامة ج ٥ ص ٢٣٠ ، ٢٣١ الطبعة الاولى طبع بمطبعة المنار بمصر فى سنة ١٣٤١ هـ .

(٢) شرح النيل للشيخ محمد اطفيش ج ٤ ص ٥٠٣ طبع المطبعة السلفية فى القاهرة سنة ١٣٤٣ هـ .

(٣) كشف الاسرار على أصول الامام البزدوى لعبد العزيز البخارى ج ٣ ص ٢ طبع فى المكتب الصنايع سنة ١٣٠٧ هـ .

عــدم الاســناد وهو أن يقــول الــراوى قال رســول الله صــلى الله عليه وســلم من غــير أن يقــول حدثنا فلان عن فــلان عن رســول الله صــلى الله عليــه وســلم ، يعنى أن معنى الارســال : الــرواية على ذلك المنــوال ســواء كان بينهمــا واســطة فى الحقيقة أولا[1] .

وقــال ابن حــزم الظاهرى : المرســل من الحــديث هو الــذى ســقط بين أحــد رواته وبين النبى صــلى الله عليــه وســلم ناقل واحــد فصــاعدا ، وهــو المنقطــع أيضــا[2] .

آراء العلمــاء فى الاحتجاج بالحديث المرســل

وللعلمــاء فى قــبول الاحتجاج بالحديث المرســل وعدم قبوله آراء ترجع الى تقسيمه وذلك أن البزدوى قال : المرسل من الأخبار أربعــة أنواع ما أرسله الصحابى ، والثانى ما أرســله القرن الثــانى ، والثالث ما أرسله العــدل فى كل عصر ، والرابع ما أرسل من وجه واتصل من وجه آخر .

أما القســم الاول فمقبول بالاجماع وذلك أن من الصحابة رضوان الله عليهم من كان من الفتيان قلت صــحبته فكان يروى عن غــيره من الصــحابة فاذا أطــلق الرواية فقــال : قال رســول الله صــلى الله عليــه وســلم كان ذلك منه مقبــولا وان احتمل الارســال لأن من ثبتت صــحته لم يحمــل حــديثه الا علــى ســماعه بنفســه الا أن يصرح بالرواية عن غــيره[3] ، وذكــر الــرهاوى فى حاشيته علــى المنــار أن صــاحب المعتمد نقــل عن الشــافعى أنه قــال : اذا قــال الصحابى قال النبى صــلى الله عليه وســلم كذا قبلتــه الا أن أعــلم أنه أرســله[4] . وروى ابن الحلبى أن الاســتاذ أبا اســحق الاســفرائينى قــال : مرســل الصــحابة لا يحتج به[5] .

وأما القســم الثــانى وهو ارسال القرن الثــانى والثــالث فقــد ذكر صاحب كشف الاسرار أنه حجة عنــد الحنفية وهو مذهب مالك[6] وقال صاحب شرح روضة الناظر : هو أشهر الروايتين عن أحمد بن حنبل واختــاره الآمدى[7] ، وقال الشافعى رحمه الله : لا يقبل الا اذا اقترن به ما يتقوى به فحينئذ يقبــل وذلك بأن يتــأيد بآية أو ســنة مشهــورة أو موافقــة قيــاس أو قــول صحــابى أو تلقتــه الامــة بالقبــول أو عــرف من حال

(١) حاشية عزمى زاده على شرح المنار لابن ملك ص ٦٤٣ طبع مطبعة عثمانية سنة ١٣١٥ هـ

(٢) الاحكام فى أصول الاحكام لابى محمد على ابن حزم ج ٢ ص ٢ طبع مطبعة السعادة بمصر الطبعة الاولي سنة ١٣٤٦ هـ

(٣) أصــول البزدوى على هامش كشــف الاسرار ج ٣ ص ٢ الطبعة المذكورة .

(٤) حاشية الرهاوى على شرح المنار ص ٦٤٤ طبع مطبعة عثمانية سنة ١٣١٥ هـ .

(٥) فى انوار الحلك على شرح المنار لابن ملك ص ٦٤٤ الطبعة المتقدمة .

(٦) كشف الاسرار على أصول البزدوى ج ٣ ص ٢ الطبعة المتقدمة .

(٧) نزهة الخاطر العــاطر فى شرح روضة الناظر وجنة المناظر لعبد القادر بن بدران الدومى الحنبلى ج ١ ص ٣٢٣ طبع المطبعة السلفية بمصر سنة ١٣٤٢ هـ .

المرســل أنه لا يروى عن من فيــه علــة من جهــالة أو غيرها أو اشــترك فى ارســـاله عــدلان ثقتــان بشرط أن يكون شــيوخهما مختلفة أو ثبت اتصـــاله بوجــه آخــر بأن أســنده غير مرســله أو أســنده مرســله مــرة أخــرى ، ولثبوت الاتصـــال بوجــه آخــر قبلت مراسـيل سعيد بن المســيب لأنى اتبعتها فوجدتهــا مســانيد وأكثر ما رواه مرســلا انمــا ســمعه عن عمر ابن الخطاب رضى الله عنه[1] .

وأما القسم الثــالث : وهو ارسال من دون القرون الثلاثة فقد اختلف فيه : قال الشــيخ أبو الحسن الكرخى : يقبــل ارســـال كــل عــدل فى كل عصر لان العــلة التى توجــب قبــول مراسـيل القرون الثــلاثة — وهى العــدالة والضبــط تشمل ســائر القرون ، وقال عيسى بن أبان لا يقبــل الا مراســيل من كان من أئمــة النقــل مشــهورا بأخــذ النـــاس العــلم منه فان لــم يكن كذلك وكان عــدلا لا يقبــل مســنده ويوقف مرســله الى أن يعرض على أهــل العــلم[2] غــير أن صـــاحب شرح المنــار ذكر أن ابن أبان لا يقبــل ذلك مطلقـــا لان الزمـــان زمـــان الفســـق وفشو الكذب ولا بد من البيـــان[3] ،

وقــال أبو بكر الرازى لا يقبــل ارســـال من بعــد القرون الثــلاثة الا اذا اشــتهر بأنه لا يروى الا عن من هــو عــدل ثقــة لشــهادة النبى صــلى الله عليــه وســلم علــى من بعــد القرون الثــلاثة بالكــذب بقــوله : ثم يفشــو الكذب فلا يثبت عــدالة من كان فى زمن شــهد النبى صــلى اللــه عليه وســلم على أهــله بالكذب الا برواية من كان معــلوم العــدالة بعــلم أنه لا يروى الا عن عــدل ، وذكــر فى المعتمــد : اذا قال الانســـان فى عصرنا : قــال النبى صــلى الله عليــه وســلم كذا ، يقبــل ان كان ذلك الخــبر معــروفا فى جمــلة الأحاديث وان لم يكن معــروفا لا يقبــل لا لانه مرســل بل لأن الأحــاديث قــد ضبطت وجمعــت فما لا يعــرفه أصــحاب الحديث منهــا فى وقتنــا هــذا فهو كــذب ، وان كان العصر الذى أرسل فيــه المرســل عصرا لم يضــبط فيه السنن قبل مرسله[4] .

وأما القسم الرابع : وهو ما أرسل من وجه واتصــل من وجه آخــر فهو على وجهين أما أن يسنده هذا المرســل أو غيره ففى الوجه الاول بعض من لم يقبــل المراســيل لايقبــل هــذا الخبر وان أســنده هــذا الراوى لأن ارســاله يــدل على أنــه انمــا لم يــذكر الراوى لضــعف فيه فســتره له والحــال هــذه خيــانة منــه فلم يقبــل ولهــذا لم يقبــل بعض أهــل الحديث ســائر مســانيد

---

(1) كشف الاسرار ج ٣ ص ٢ ، ٣ الطبعة المتقدمة وشرح المنار ص ٦٤٥ الطبعة المتقــدمة والمستصفى من علم الأصول للامام الغزالى فى كتاب مع مسلم الثبوت ج ١ ص ١٦٩ وما بعدها طبع المطبعة الاميرية ببولاق مصر الطبعة الاولى سنة ١٣٢٢ هـ .

(2) كشف الاسرار ج ٣ ص ٧ .

(3) شرح المنار لابن ملك ص ٦٤٦ الطبعة المتقــدمة .

(4) كشف الاسرار على أصول البزدوى ج ٣ ص ٧ الطبعة المتقدمة .

هــذا المرســل وجعلوه بالارســال ســاقط الحديث ، وعامتهم على أنــه يقبــل منــه هــذا المســند وغــيره من المســانيد لانه يجــوز أن يكون ســمع الحديث مســندا ونسى من يروى عنــه وقد عــلم أنه ســمعه مســندا متصــلا فأرســله اعتمــادا عليه ثم تذكــره فأســنده ثانيــا أو كان ذاكرا للاســناد فأســنده ثم نسى من يروى عنــه فأرســله ثانيــا فــلا يقــدح ارســاله فى اســناده ولكن انمــا يقبــل اسناده عندهم اذا أتــى بلفــظ صريح مثــل أن يقــول حدثنى فلان أو ســمعت فلانا ولا يقبــل اذا أتى بلفــظ موهم مثــل أن يقــول عن فلان ونحــوه هكــذا نقــل عن الشــافعى رحمــه الله • وأما فى الوجــه الثــانى فقد ذكر أبو عمرو المعروف بابن الصــلاح فى كتــاب معرفة أنــواع علم الحــديث : ان الحديث الذى رواه بعض الثقــات مرســلا وبعضــهم متصلا (مثــل حــديث لا نكاح الا بــولى رواه اسرائيــل بن يــونس فى أخرى عن جــده أبى اســحق الســبيعى عن أبــى بردة عن أبيــه عــن أبى موسى الاشــعرى عن رســول الله صــلى اللــه عليه وســلم هكذا متصــلا ورواه ســفيان الثــورى وشــعبة عن أبى اســحق عن أبى بردة عن النبى صــلى الله عليه وسلم مرسلا) هــذا النوع من الحديث قد اختلف فيه فحكى الخطيب الحافظ أن أكثر أصحاب الحديث يرون الحــكم فى هــذا وأشــباهه للمرســل وعن بعضــهم ان الحــكم للأحفــظ فاذا كان من أرســله أحفــظ ممن وصــله فالحــكم لمن أرســله لا يقــدح ذلك فى عــدالة من وصــله وأهليتــه ، ومنهم من قــال : من أســند حديثــا قد أرســله الحافظ فارســالهم له يقــدح فى مســنده وفى عدالتــه وأهليتــه ، ومنهم من قال الحــكم من أســنده اذا كان ضــابطا عــدلا فيقبــل خبره وان خالفــه غــيره ســواء كان المخــالف له واحــدا أو جمــاعة قال : وهــذا القــول هو الصحيح وهو المأخــوذ فى الفقــه وأصــوله وبلتحق بهــذا ما اذا كان الــذى وصــله هو الذى أرســله وهكــذا اذا رفــع بعضــهم الحديث الى النبى صــلى الله عليــه وســلم ووقفــه بعضــهم على الصــحابى أو رفعــه واحــد فى وقت ووقفه هو أيضــا فى وقت آخــر فالحــكم على الاصــح لمــا زاده الثقــة من الوصــل والرفع ، فوجه عــدم القبــول أن الراوى لمــا سكت عن تســمية المروى عنــه كان ذلك بمنــزلة الجــرح فيــه واســناد الآخر بمنزلة التعــديل واذا اســتوى الجرح والتعــديل يغلب الجرح لمــا عرف ، ووجــه القبــول أن عــدالة المســند يقتضى قبــول الخبــر وليس فى ارســال من أرســله ما يقتضى أن لا يقبــل اســناد من يســنده لانه يجــوز أن يكون من أرســله سمعه مرســلا أو نسى المروى عنــه كمــا ذكرنا ومن أســنده ســمعه مســندا فلا يقدح ارساله فى اســناد الآخــر ، ولان المســند مثبت والمرســل ساكت ولو كان نافيا فالمثبت مقــدم عليــه لانه علــم ما خفى عليه [1] أما الظــاهرية

---

(١) المرجع السابق ج ٣ ص ٧ ، ٨ .

فلا يقبلــون المرســل على اطلاقه فقــد ذكر أبو محمد بن حــزم المرســل غير مقبــول ولا تقــوم به حجــة لانه عن مجهــول ومن جهلنــا حاله ففرض علينــا التوقف عن قبول خبــره وعن قبــول شــهادته حتى نعــلم حاله ، وســواء قال الراوى العــدل حدثنــا الثقــة أو لم يقــل لا يجب أن يلتفت الــى ذلك اذ قد يكون عنــده ثقــة من لا يعــلم من جرحــه ما يعــلم غيره والجــرح أولى من التعــديل ، وقد توجــه عن رســول الله صــلى الله عليه وســلم رجل الى قــوم ممن يجــاور المدينــة فأخبرهم أن رســول رســول الله صــلى الله عليه وسلم أمــره أن يعرس بامــرأة منهم فأرســلوا الــى النبى صــلى الله عليه وســلم من أخبــره بذلك ، فوجه رســول الله صــلى الله عليه وســلم اليه رســولا وأمر بقتــله ان وجده حيــا فوجده قد مات ، فهــذا كمــا ترى قد كذب على النبى صــلى الله عليــه وسلم وهــو حى ، وقــد كان فى عصر الصــحابة رضى الله تعــالى عنهم منافقــون ومرتدون فلا يقبــل حــديث قال راوية فيــه : عن رجــل من الصــحابة أو حدثنى من صحب رســول الله صــلى الله عليه وســلم حتى يســميه ويكون معــلوما بالصحبة الفاضــلة ممن شــهد الله تعــالى لهــم بالفضــل والحسنى ، قــال الله عز وجــل : (وممن حــولكم من الاعراب منافقــون ومن أهــل المدينــة مردوا على النفــاق لا تعلمهــم نحن نعلمهــم ســنعذبهم مرتين ثم يردون الــى عــذاب عظيم)[1] ثم ان لقــاء التــابعى لرجل من أصــاغر الصحابة شرف وفخــر عظيــم فلأى معنى يســكت عن تســميته لو كان ممن حمــدت صــحبته ، ولا يخلــو ســكوته عنه من أحــد وجهين اما أنه لم يعرف من هــو ولا عرف صــحة دعــواه الصحبة أو لانه كان من بعض من ذكرنا[2] .

أرش

التعــريف اللغوى

من معــانى الارش لغــة الدية والخدش وطلب الأرش وما نقص العيب من الثــوب ــ لأنه سبب الأرش ــ وما يدفع من المــال للمعادلة بين السلامة والعيب فى السلعة ومنه ما يأخذه المشــترى من البائع اذا اطلع على عيب فى المبيع وعن هذا قيل أروش الجنايات واروش الجراحات . وارش الجراحة ديتهــا والجمــع أروش مثــل فلــس وفلــوس . وأصــله الفســاد يقــال أرشت بين القوم

(١) الآية رقم ١٠١ من سورة التوبة .

(٢) الاحكام فى أصول الاحكام لأبى محمــد على بن حــزم الظاهرى ج ٢ ص ٢ ، ٣ طبع مطبعة الســعادة بمصر الطبعة الاولى ســنة ١٣٤٥ هـ .

اذا أفسدت بينهم واستعمل الأرش فى نقصان الأعيان لجبرها به عما حدث فيها من نقصان اذ النقصان فساد فيها[١] .

التعريف الشرعى

هو المال الواجب فيما دون النفس بالجناية عليه وقد يطلق على بدل النفس وهو الدية وعلى حكومة العدل كما فى القهستانى [٢] وهذا هو استعمال الاباضية[٣] ويطلقه المالكية أيضا على ما يجب فى جراح الرقيق من مال[٤] .

أما الشافعية والحنابلة فانهم يستعملون الأرش فيما يجب من مال فيما دون النفس بينما يستعملون الدية فى المال يجب فى النفس وما دونها فالدية أعم عندهم [٥] وكذلك الوضع فى استعمال الزيدية والشيعة الجعفرية [٦] ونتيجة ذلك ان استعماله فى لسان الفقهاء هو استعمال لغوى اذ يدل لغة على ما يؤخذ من مال لجبر نقص حدث فى سلعة أو عين أو غيرهما وان كثر استعمالهم اياه فيما يجب من مال فيما دون النفس .

والأرش نوعان : نوع مقدر وهو ما عين الشارع مقداره كأرش اليد والرجل واستعمال اسم الأرش فيه هو الاكثر فى لسانهم — وارش غير مقدر وهو ما ترك الشارع تقديره لحكومة عدل يطلب اليه تقديرها ويقضى القاضى على وفقها .

مشروعيته : دليل وجوبه السنة فقد ورد فى ايجابه على الجانى أحاديث عديدة منها ماروى عن أبى شريح الخزاعى قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم : من اصيب بدم أو خبل — والخبل الجراح — فهو الخيار بين أحدى ثلاث : أما أن يقتص أو يأخذ العقل أو يعفو فان اراد رابعة فخذوا على يديه » رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه — والعقل الدية سواء أكانت دية نفس أو دية جراحة وهو الأرش — ومنها ما رواه عمرو بن حزم ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب الى أهل اليمن كتابا وكان فى كتابه ان من اعتبط مؤمنا قتلا عن بينة فأنه قود الا أن يرضى اولياء المقتول وان فى النفس الدية مائة من الابل وان فى الأنف اذا اوعب جدعه الدية وان فى اللسان الدية وفى الشفتين الدية وفى البيضتين الدية وفى الذكر الدية وفى الصلب الدية وفى العينين الدية وفى الرجل الواحدة نصف الدية وفى المأمومة ثلث الدية وفى الجائفة ثلث الدية وفى المنقلة خمسة عشر من الأبل وفى كل أصبع من اصابع اليد والرجل عشر من

---

(١) القاموس — المصباح — والنهاية لابن الاثير .
(٢) الدر المختار ابن عابدين حـ ٥ ص ٤٠٦ .
(٣) النيل حـ ٨ ص ٢٠٨ .
(٤) الشرح الكبير والدسوقى حـ ٤ ص ٢٥٠ .
(٥) النهاية حـ ٧ ص ٢٩٣ ، ٢٩٩ . وكشاف القناع حـ ٤ ص ٢ .
(٦) تحرير الاحكام حـ ٢ ص ٢٤٩ .

الابل وفى السن خمس من الابل وفى الموضحة خمس من الأبل وأن الرجل يقتل بالمرأة وعلى أهل المذهب الف دينار رواه النسائى — ومنها أحاديث أخرى وردت فى أعضاء معينة وحديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى فى العين العوراء السادة بمكانها اذا طمست بثلث ديتها وفى اليد الشلاء اذا قطعت بثلث ديتها وفى السن السوداء اذا نزعت بثلث ديتها رواه النسائى وسيأتى شرح ذلك فى الكلام على أروش الجراحات [1] .

واذ قد دلت السنة على وجوب المال فيما نص عليه فيها من الجراحات فقد كان ذلك أصلا قيس عليه وجوب الأرش فيما لم ينص عليه فيها من الجراحات لتحقق الوصف المشترك الجامع وهو الاعتداء على جسم الانسان بما يفقده منفعة لها وزنها فى حياته والأصل فى الاعتداء على الاطراف أنه اذا فوت منفعة على الكمال أو أزال جمالا مقصودا فى الآدمى على الكمال وجبت الدية جميعها لاتلاف النفس من وجه وهو ملحق باتلافها من كل وجه اعتبارا بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية كلها فى اللسان والأنف وبقضائه ببعضها فيما دون ذلك كالأصبع واليد والرجل والجائفة والآمة ونحوها وعلى وجوب الأرش فى الجراح انعقد الاجماع [2] .

احوال وجوب الأرش

يجب الأرش سواء كان فى النفس وهو الدية أو فيما دونها فى الأحوال الآتية :

أولا : فيما نص الشارع على وجوب مال فيه من الجنايات والجراح على العموم وهذا ما لا خلاف فيه بين المذاهب الثمانية بل ولا بين غيرها ومن ذلك ما اعتبره الفقهاء من القتل شبه عمد أو خطأ أو جاريا مجرى الخطأ وما ألحق بذلك من حالات القتل على حسب اختلاف المذاهب راجع مصطلح « جنايات أو جروح أو دماء » ومن ذلك أيضا الاعتداء على أطراف الانسان بالقطع أو باحداث جروح فيه كالآمة والموضحة ونحوها مما سيأتى بيانه ويجب فى هذا النوع ما قدره الشارع من مال « انظر مصطلح دية ومصطلح جراح » .

ثانيا : فيما ألحق بما نص الشارع على ثبوت الأرش فيه مالم ينص عليه الشارع وليس يجب فيه القصاص وسيأتى بيان ذلك وانظر فى تفصيل أحكامه مصطلح « جراح » .

ثالثا : عند سقوط القصاص بسبب

---

(١) نيل الاوطار والمنتقى ﺣ ٧ ص ٦ ، ص ٢٨ وما بعدها .

(٢) الهداية ﺣ ٨ ص ٣٠٧ وكشاف القناع ﺣ ٤ ص ٢ .

من الأسباب فيما يجب فيه وفيما يلى بيان ذلك .

١ — اذا سقط القصاص بسبب عدم المماثلة بين الجانى والمجنى عليه وبين عضو المجنى عليه وما يقابله من أعضاء الجانى فيما اذا كانت الجناية على عضو من الأعضاء وذلك محل اتفاق المذاهب لأن المماثلة شرط فى وجوب القصاص فى جميع المذاهب لم يخالف فى ذلك أحد وانما اختلفوا فيما تفوت به المماثلة وذلك ما ينظر فى مصطلح قصاص[1] ، واذا ما سقط القصاص وجب الأرش أو الدية تجنبا لأهدار الجناية .

أما المماثلة بين الجانى والمجنى عليه أو بيان تحققها وعدمه فى مختلف المذاهب فينظر فى مصطلح قصاص فاذا كانت غير متحققة فى مذهب من المذاهب امتنع القصاص ووجب ما أوجبه الشارع من مال وفى بيان ذلك المال فى المذاهب المختلفة ينظر فى مصطلح دية .

وأما عدم المماثلة فى الأعضاء كأن يكون أحد العضوين صحيحا والآخر معيبا وفى حكم ذلك اختلفت المذاهب .

(١) الهداية حـ ٨ ص ٢٦٧ وما بعدها والشرح الكبير للدردير حـ ٤ ص ٢٥ ونهاية المحتاج حـ ٤ ص ٢٥٥ وكشاف القناع حـ ٣ ص ٣٤٧ وتحرير الاحكام حـ ٢ ص ٢٤٤ وما بعدها والنيل حـ ٨ ص ٢٠٧ وما بعدها .

مذهب الحنفية :

ذهب الحنفية الى أن عضو الجانى اذا كان صحيحا والعضو المجنى عليه معيبا لم يجب القصاص وسقط لعدم المماثلة بين العضوين والقصاص لا يكون الا عند المماثلة كما ينبى معناه عن ذلك واذا امتنع القصاص بينهما وجبت دية العضو المجنى عليه ولكن اذا كان عضو الجانى معيبا والعضو المجنى عليه صحيحا بان قطعت يد صحيحة بجناية ذى يد شلاء أو ناقصة الأصابع فالمجنى عليه بالخيار ان شاء رضى بقطع يد الجانى المعيبة ولا شىء له بعد ذلك لرضاه بذلك وان شاء أخذ أرش اليد كاملا وهو نصف دية النفس وذلك لأن استيفاء الحق كاملا متعذر فكان له أن يتجوز ويرضى بما هو دون حقه وله ان يعدل الى العوض كالمثلى اذا انعدم عن أيدى الناس بعد اتلافه كان الواجب فيه قيمته كاملة ثم اذا استوفى حقه بالقطع لم يكن له طلب سواه لرضاه بذلك وسقوط ما عداه كاف الرضا بالردى بدلا عن الجيد[2] والى هذا ذهب الحنابلة ومما يندرج تحت هذا الضابط عند الحنفية سقوط القصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس وبين الحر والعبد وبين العبدين ذلك لأن الأطراف يسلك بها مسلك الاموال فيقدم التماثل بينهما بتفاوتها فى القيمة وذلك أمر ثابت بصنع الشارع فانه قد قوم يد الحر

(٢) الهداية ، حـ ٨ ص ٢٧٣ .

بخمسمائة دينار على سبيل القطع واليقين ولا تبلغ قيمة يد العبد ذلك المقدار فان بلغته كان ذلك بناء على الحرز والظن وليس الظن كاليقين واذا انعدم التماثل سقط القصاص واذا سقط القصاص وجبت الدية أو الأرش وذلك بخلاف التفاوت فى البطش والقوة اذ لا ضابط له وبخلاف التفاوت فى الأنفس لأن التلف ازهاق الروح ولا تفاوت فيه[1] .

مذهب المالكية :

يرى المالكية أن التفاوت بين العضوين مانع من القصاص واذا امتنع القصاص وجبت الدية أو الأرش فاذا جنى ذو يد شلاء على ذى يد صحيحة فقطعها فلا قصاص من ذى اليد الشلاء وان رضى ذو اليد المقطوعة وليس للمجنى عليه الا الدية[2] كما يرون وجوب القصاص فى الأطراف بين الرجل والمرأة عند توافر شروطه خلافا للحنفية [3] **اذ التماثل فى نظرهم ثابت من حيث أنهما أجزاء من الانسان دون أن يكون للذكورة أو الأنوثة تأثير فى ذلك .**

مذهب الشافعية :

ذهب الشافعية الى عدم جواز قطع اليد الصحيحة بالشلاء أو قطع أى عضو صحيح بمعيب ذهبت فائدته بخلاف مالم تذهب فائدته بعيبه فيعد كالسليم واذا قطع المجنى عليه الصحيحة بالشلاء بلا اذن من الجانى لم يقع قصاصا لأن ذلك غير مستحق له فيجب عليه ديتها وله حكومة يده الشلاء المقطوعة وجوزا قطع الشلاء بالصحيحة اذا طلب ذلك المجنى عليه وليس له سوى ذلك لرضاه به وتقطع عندهم ذاهبة الأظفار بسليمتها وللمجنى عليه حكومة الأظفار دون العكس ولا تؤخذ عين صحيحة بعمياء ولا لسان ناطق بأخرس [4] ويرون وجوب القصاص بين أطراف الرجل والمرأة لثبوت التكافؤ بينهما كما ذهب الى ذلك المالكية وهو مذهب الحنابلة[5] أيضا خلافا للحنفية[6] .

مذهب الزيدية :

وذهب الزيدية الى أنه لا يؤخذ العضو السليم بالعضو المعيب الذى ذهبت منفعته بعيبه ولا تؤخذ ذات أظفار بما لا ظفر فيها وان رضى الجانى اذ لا يستباح ذلك ويجوز العكس ولا تؤخذ العين الصحيحة بالمعيبة واذا كانت عين الجانى معيبة لا يبصر خير المجنى عليه من أخذها بعينه السلمية وأن يترك ويرضى بالدية[7] ، واذا كانت الجناية على الأطراف فان كانت على أطراف المرأة من الرجل خيرت المجنى

(1) المرجع السابق ص 271 .
(2) الشرح الكبير للدردير حـ 4 ص 252 .
(3) الشرح الكبير الدردير حـ 4 ص 250 .

(4) نهاية المحتاج حـ 7 ص 275 وما بعدها .
(5) كشاف القناع حـ 3 ص 370 ، حـ 383 وما بعدها .
(6) كشاف القناع حـ 3 ص 374 .
(7) الازهار حـ 4 ص 395 .

عليهما بين القصاص من أطراف الرجل على أن تلتزم بالفرق بين دية طرف الرجل المقطوع وبين دية طرفها أو تترك وترضى بالدية وان كان من المرأة على أطراف الرجل كان له أن يقتص من أطراف المرأة وليس له سوى ذلك وفى شرح الابانة عن زيد أن أطراف الرجل والمرأة سواء وعند زيد بن على وأحمد بن عيسى لا تؤخذ أطراف الرجل بأطراف المرأة[١] .

مذهب الامامية :

ويرى الشيعة الجعفرية الا يؤخذ العضو الصحيح بالعضو المعيب الذى ذهبت فائدته ويؤخذ المعيب بالصحيح وللمجنى عليه حيث الفرق بين الديتين وفى المبسوط عندهم ليس له أخذ الفرق لرضاه بالقطع[٢] .

أما القصاص من أطراف الرجل وأطراف المرأة فأنهم يرون فى ذلك أن للمرأة أن تقتص من الرجل اذا اعتدى عليها بقطع طرف من أطرافها فيما كانت ديته دون ثلث دية الرجل فاذا بلغت ديته الثلث أو زادت رجعت دية المرأة الى النصف وعندئذ يقتص لها مع رد التفاوت بين الديتين وكذلك الحكم فى الجراح[٣] .

مذهب الاباضية :

ذهب الاباضية الى أن القصاص اذا ما سقط فى محل من شأنه يجب فيه وذلك بسبب من أسباب سقوطه وجب الأرش[٤] ولاشتراط المماثلة فيه لم يجب بين عضوين غير متماثلين وعلى ذلك اختلف الرأى فى جريان القصاص بين أطراف الرجل والمرأة فقيل لا يجرى وقيل يجرى فاذا اقتصت المرأة من الرجل ردت له مازاد عضو على عضوها فى الأرش واذا اقتص منها زادت له مثل ذلك وقيل اذا اقتصت منه لا تزيده شيئا وقيل لا تقتص امرأة من رجل بخلاف العكس[٥] .

(ب) عند تعذر القصاص بسبب عدم امكان المماثلة وعدم الأمر فى التنفيذ وذلك كما فى الجراح مما هو دون الموضحة ونحوها مما لا يتأتى فيه المماثلة عند القصاص وذلك محل اتفاق بين المذاهب حتى لا يكون اعتداء بغير جزاء و لايهدر جرح يجب فى مثلها القصاص لولا تعذر المماثلة عند التنفيذ — وذلك ما ينطبق عليه ما جاء فى الهداية اذا امتنع القصاص وجبت الدية وما جاء فى شرح النيل اذا ما سقط القصاص فى محل من شأنه ان يجب فيه لسبب من الأسباب وجب الأرش[٦] .

(ج) اذا تعدد الجناة على الطرف

---

(١) الازهار حـ ٤ ص ٣٨٩ ، ص ٣٩٥ وما بعدها .
(٢) تحرير الاحكام حـ ٢ ص ٢٥٠ .
(٣) تحرير الاحكام حـ ٢ ص ٢٤٥ .

(٤) شرح النيل حـ ٨ ص ٢٠٨ .
(٥) المرجع السابق .
(٦) الهداية حـ ٨ ص ٢٦٨ والشرح الكبير للدردير حـ ٤ ص ٢٤٦ ، ٢٤٧ ، ٢٥٢ ونهاية المحتاج حـ ٧ ص ٢٦٩ ، ٢٧٣ وكشاف القناع حـ ٣ ص ٣٧٠ والازهار حـ ٤ ص ٣٨٥ وتحرير الاحكام حـ ٢ ص ٢٤٠ والنيل حـ ٨ ص ٨٨ .

عند الحنفية اذ لا قصاص عندهم فى الأطراف عند تعدد الجناة بخلاف تعددهم فى الجناية على النفس اذ لا يسقط به القصاص فيها فاذا جنى أكثر من واحد على عضو فقطعوه وجب الأرش على الجانين بالسوية[1] خلافا للماكية حيث أوجبوا القصاص على الجميع فى الأطراف وهو مذهب الشافعية والحنابلة والزيدية والشيعة الجعفرية غير ان الزيدية منهم من ذهب الى أن الواجب على كل واحد من الجناة دية كاملة فى الطرف بخلاف النفس ويرى المؤيد بالله منهم أن الواجب دية واحدة عليهم وهو رأى الجمهور •

مذهب الحنفية :

(د) عند فوات عضو الجانى يجوز على ما ذهب اليه الحنفية بأن قطع الجانى يد غيره فتقطع بها أو سرق مال انسان فقطعت يده ففى هذه الحال يسقط القصاص لفوات محله ولكن يجب أرش العضو المجنى عليه — ولكن اذا فات العضو بآفة سماوية أو قطع بغير حق سقط القصاص ولم يجب أرش العضو المجنى عليه اذا كان ذلك قبل اختيار المجنى عليه ذلك لأن حقه متعين فى القصاص وانما انتقل الى المال وهو الأرش باختياره اياه بدلا عن أصل حقه وهو القصاص المتعلق باليد فاذا لم يختر حتى فات العضو فقد بطل حقه لفوات محله واذا بطل بطل أصلا ورأسا فلم يكن له الانتقال الى بدله بعد سقوطه اما اذا فات بحق فان الأرش حينئذ يجب لانه قد قضى بالطرف حقا مستحقا عليه فصار كأنه قائم وانما تعذر استيفاء القصاص لعذر فيجب بدله وهو الأرش وكذلك الحكم اذا فات العضو بعد اختيار الأرش لتعين حقه فيه باختياره فلا يسقط بفوات العضو وكفوات العضو بغير حق حدوث عيب به بعد الجناية كما اذا كانت يد الجانى صحيحة عند جنايته على يد غيره ثم شلت بعدها ففى هذه الحال أيضا لا يكون للمجنى عليه حق فى الأرش لأن حقه قد يثبت عينا فى القطع فلا ينتقل الى البدل بالنقصان كما اذا ذهب الكل بآفة سماوية[2] ذهب الى ذلك الحنفية •

مذهب المالكية :

وذهب المالكية الى أن فوات العضو بأى سبب يسقط حق المجنى عليه فى الأرش لأن الواجب الاصلى عندهم هو القصاص وأنه يسقط بفوات محله وسقوطه يستوجب سقوط بدله فلا شىء للمجنى عيه •

مذهب الشافعية :

وذهب الشافعية الى أن حق المجنى عليه فى

---

(١) البدائع حـ ٧ ص ٢٤٩ وهداية حـ ٨ ص ٢٨٠ ، الشرح الكبير حـ ٤ ص ٢٥٠ ونهاية المحتاج حـ ٧ ص ٢٦٨ وكشاف القناع حـ ٣ ص ٣٨٧ والازهار حـ ٤ ص ٣٩٠ ، ٣٩١ ص ٣٨٧ وتحرير الاحكام حـ ٢ ص ٢٤٤ •

(٢) البدائع حـ ٧ ص ٢٩٨ والهداية حـ ٨ ص ٢٧٣ كشاف القناع حـ ٣ ص ٣٧٠ ونهاية المحتاج حـ ٧ ص ٢٩٣ ، ٢٩٤ والشرح الكبير للدردير حـ ٤ ص ٢٥٤ .

الأرش لا يسقط بفوات العضو بأى سبب لأن حقه فى القصاص والمال بدل عنه فاذا فات أحدهما بفوات محله تعين الآخر وهو البدل وفى قول له الواجب أحدهما لا على التعيين .

مذهب الحنابلة :

وذهب الحنابلة الى ما ذهب اليه الشافعية من عدم سقوط الأرش بسبب تعذر استيفاء القصاص من عضو الجانى بقطع أو شلل .

مذهب الشيعة الجعفرية :

وذهب الشيعة الجعفرية الى أن الدية تجب بفوات محل القصاص[1] .

(هـ) فى كل عمد سقط فيه القصاص بشبهة وهذا محل اتفاق بين المذاهب الثمانية كما فى جناية الأصل على فرعه وكما فى عمد عديم الاهلية وناقصها فأما جناية الاصل على فرعه فلا قود فيها عند أبى حنيفة والشافعى وأحمد والشيعة الجعفرية والزيدية والاباضية والى هذا ذهب مالك الا أن يضجعه فيذبحه أو يقتله قتلا لا يشك فيه أنه قد عمد الى قتله وقد قال ابن عرفة فى القاتل عمدا اذا شاركه فى القتل صبى أو أب مجنون أو من لا يقتص منه ستة أقوال[2] .

(١) تحرير الاحكام حـ ٢ ص ٣٤٦ .
(٢) الحطاب حـ ٦ ص ٢٤٣ .

واما عمد عدم الاهلية أو ناقصها فحكمه حكم الخطأ فى جميع المذاهب[3] .

(و) اذا ما اختار المجنى عليه الأرش بدلا عن القصاص باتفاق المذاهب لأن الجناية على الاطراف يجرى مجرى الجناية على الاموال وقد أمر الشارع بالعفو وندب اليه وجعل المال عوضا عن القود اذا ما رغب فيه المجنى عليه فكان له حق اختياره .

والأرش كما ذكرنا قد يطلق على دية النفس عند ازهاقها فى استعمال بعض الفقهاء كما بينا وتفصيل القول فيه على هذا المعنى يرجع فيه الى مصطلح دية — اما الارش بمعنى ما يجب من المال فيما دون النفس ففيما يلى بيان أحواله وأنواعه وأحكامه . وقد يكون مقدرا بدية كاملة وقد يكون مقدرا بما هو دونها .

أرش الجروح

أنواعه :

أرش الجروح نوعان : نوع مقدر وهو ما جاء عن الشارع بيان مقداره كأرش قطع اليد وقطع الرجل ونحو ذلك مما يأتى بيانه فنذكر أروش بعض الاعضاء عند الاعتداء عليها — ونوع

(٣) الهداية حـ ٨ ص ٢٦ وبداية المجتهد حـ ٢ ص ٢٣٢ والحطاب حـ ٦ ص ٢٣٢ ، ٢٤٢ ، ونهاية المحتاج حـ ٧ ص ٢٥٤ ، ٢٥٨ ، ٢٦٢ وكشاف القناع حـ ٣ ص ٣٧ والمغنى حـ ٩ ص ١٥٩ وشرح الازهار حـ ٤ ص ٣٨٨ والمحلى حـ ١٠ ص ٣٤٤ وتحرير الاحكام حـ ٢ ص ٢٤٤ وشرح النيل حـ ٨ ص ٢٠٧ ، ٢٠٨ .

غير مقدر من الشارع وهو ما ترك الشارع تقديره الى حكومة عدل يقضى بها ولم يرد فيه عن الشارع تقدير محدد — راجع مصطلح حكومة عدل — .

والقاعدة العامة فى أروش الاعضاء والجراح أن ما جاء فيه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ان فيه الدية فالواجب فيه دية النفس كاملة وما جاء فيه عنه صلى الله عليه وسلم ان الواجب فيه سهم معين من الدية كنصف وربع كان الواجب فيه ذلك منسوبا الى دية النفس كاملة — وما لم يجىء فيه عنه صلى الله عليه وسلم نص فى تقدير ما يجب بالاعتداء عليه فالأصل المستنبط من الآثار المروية عنه صلى الله عليه وسلم أن الفائت اذا فات به جنس منفعة على الكمال أو زال به جمال مقصود كان الواجب فيه الدية كاملة غير أنه اذا كان متعددا فى الجسم كان الواجب فى فوات الواحد نصف الدية ان كان منه فى الجسم اثنان فقط كاليدين والرجلين ، وثلث الدية ان كان ثلاثة كالمنخرين وحاجزهما فى الأنف ، وربع الدية اذا كان أربعة كأشفار العينين وهكذا يجب فى تلف الواحد أو الاثنين أو الأكثر بحسابه بمراعاة عدده فى الجسم، ففى الأصبع من اليد أو من الرجل عشر الدية وهكذا .

فاذا كان الفائت الجميع كان الواجب الدية وما عدا ذلك مما لم ينص عليه ففيه حكومة عدل وهذا الأصل محل اتفاق بين المذاهب الثمانية — وجملة القول أن الدية الكاملة قد تجب بتفويت العضو وقد تجب بتفويت معنى فى النفس تفوت به النفس حكما فى حق جنس المنفعة كالعقل والسمع وقد يجب أرش مقدر وقد تجب حكومة العدل وذلك ما سيأتى بيانه .

أروش الجراح

الجراح قد تكون فى الحر وقد تكون فى الحرة وقد تكون فى العبد وقد تكون فى الأمة وقد تكون فى الذمى وقد تكون فى المستأمن أو الحربى ، ومن الجراح ما يسمى شجاجا وذلك ما كان منها فى الرأس والوجه ومنها مالا يطلق عليه ذلك الاسم وهو ما كان فى غيرهما .

أروش شجاج الحر وجراحه

مذهب الحنفية :

يرى فقهاء الحنفية أن الشجاج احدى عشرة شجه — الخادشة وهى التى تخدش الجلد وتسمى أيضا الخارصة وهى التى تخرص الجلد أى تخدشه وتفضى الى اللحم ولا تخرج الدم وبعدها الدامعة وهى التى يخرج منها ما يشبه الدمع وبعدها الدامية

وهى التى يخرج منها الدم وبعدها الباضعة وهى التى تبضع اللحم وبعدها المتلاحمة وهى التى تذهب فى اللحم أكثر مما تذهب الباضعة ــ هكذا روى عن أبى يوسف رحمه الله تعالى ، وقال محمد : المتلاحمة قبل الباضعة وهى التى يتلاحم فيها الدم ويسود وبعدها السمحاق وهى التى تصل الى جلدة رقيقة فوق العظم تسمى السمحاق وتسمى ملطأة كما فى القاموس ثم الموضحة وهى التى توضح العظم ــ ويجب فيها خمس من الابل ثم الهاشمة وهى التى تهشم العظم ــ ويجب فيها عشر من الابل ثم المنقلة وهى التى تنقل العظم بعد الكسر من موضحة ويجب فيها خمس عشر من الابل ثم الآمة وهى التى تصل الى أم الدماغ وهى جلدة تحت العظم ويجب فيها ثلث الدية ، ثم الدامغة وهى التى تخرق الجلدة وتصل الى الدماغ وفيها الدية اذا أدت الى الموت فهذه احدى عشرة شجه ولم يذكر محمد الخادشة ولا الدامغة لأنه لا يتصل بها الحكم غالبا اذ أن الخادشة لا يبقى لها أثر ولا حكم للشجة التى لا يبقى لها أثر والدامغة لا يعيش معها الانسان فيكون الحكم فيها حكم القتل اذ أدت اليه أما بقية الشجاج فيجب حكومة عدل وذلك فيما قبل الموضحة وهى ست وانظر مصطلحات هذه الاسماء وما يجب فيها فى شجاج •

اما ما عدا الشجاج من الجراح ففى العضو الذى لا نظير له فى البدن يفوت به جمال كامل أو منفعة بها قوام النفس الدية كاملة وذلك كاللسان كله والأنف كله وكذلك تجب بقطع الحشفة والمارن وبعض اللسان اذا منعه ذلك من الكلام وكذلك بما يزول به شعر رأس الرجل والمرأة ولحية الرجل بحيث لا ينبت وانظر مصطلح دية • وجراح ــ وتجب الدية باذهاب العقل أو البصر أو السمع أو الشم أو الذوق أو الكلام أو الجماع ولو مع بقاء الآلة التى تقوم بها هذه المعانى والمنافع صورة •

والجراح فى سائر البدن غير ما تقدم ليس فى شىء منها أرش مقدر معلوم سوى الجائفة وهى الجراحة النافذة الى الجوف وتكون فى كل موضع يتحقق فيه ذلك كالصدر والظهر والبطن والجنبان دون الرقبة والحلق واليدين والرجلين وفيها ثلث الدية • وانظر مصطلح جائفة ــ وتجب حكومة العدل فيما لم يرد فيه نص بوجوب مقدار

معين من المال فيه ككسر الضلع وقصبة الأنف وانظر جراح .

ذلك ما يتعلق بجراح الحر وما يجب فيهما من الأرش .

أرش جراح الحرة

مذهب الحنفية :

أما جراح الحرة ومقدار الأرش الواجب فيها فان ما يجب فيه دية كاملة فى الحر يجب فيه نصف الدية اذا كان فى الحرة فدية الحرة على النصف من دية الحر بأجماع الصحابة وجاء فى الدر المختار اذا اعتدى على الحرة كانت الدية الواجبة فيما دون النفس منها على النصف من ديته بالنظر الى الرجل روى ذلك عن على موقوفا ومرفوعا ففى قتل الحرة خطأ خمسة آلاف درهم وفى قطع يدها ألفان وخمسمائة وهذا مطرد فيما له دية مقدرة شرعا أما ما فيه حكومة فقيل حكمه كالحكم فى المقدرة فيكون أرشه على النصف مما يقدر له اذا كان فى الحر وقيل يسوى بينهما كما فى الظهرية وجاء فى التتارخانية أن ما ليس له بدل مقدر شرعا يستوى فيه الرجل والمرأة عند أصحابنا — ووجه القول الاول ان بدل النفس يقتص بالاجماع وهو الدية فكذلك الحكم فى بدل ما دون النفس لأن المنصف هو الأنوثة وهى متحققة فى الحالين ولا فرق فى هذا الحكم بين ما كان دون ثلث الدية وما زاد على ذلك فالتنصيف ثابت فى جميع الاحوال عند الحنفية[1] والى هذا ذهب الشافعية والزيدية والشيعة الجعفرية[2] .

مذهب المالكية :

وذهب المالكية الى أن أرش الحرة يتساوى مع أرش الحر فيما دون ثلث ديته اذا كان ذلك هو الواجب فى الجناية شرعا بالنظر الى الحر فاذا كان الواجب فيها بالنظر الى ثلث ديته فأكثر كان الواجب فى الحرة نصف ذلك فاذا قطع للحرة ثلاثة أصابع كان الواجب فى ذلك ثلاثون من الأبل اذ ان ذلك دون ثلث الدية فيستوى الواجب بالنظر اليها مع الواجب بالنظر الى الحر — ولكن اذا قطع لها أربع أصابع كان الواجب عشرون فقط وهو نصف ما يجب فى قطع أربع أصابع للحر اذ كان الواجب أكثر من ثلث دية الرجل فينصف فى المرأة وذلك لما روى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : عقل المرأة (أى ديتها) مثل عقل الرجل حتى يبلغ الثلث من ديته رواه النسائى والدارقطنى. ذلك هو الحكم فى جراحها وشجاجها ولذا تستوى مع الرجل فى منقلتها وهاشمتها وموضحتها وآمتها اذ الواجب

---

(١) هداية حـ ٨ ص ٣٠٦ تحفة الفقهاء للسمرقندى حـ ٣ ص ١٥٥ — ص ١٧٠ والدر المختار وابن عابدين حـ ٥ ص ٤٠٧ والبدائع حـ ٧ ص ٣٢٢ .

(٢) نهاية المحتاج حـ ٧ ص ٣٠٧ والمختصر النافع ص ٣١٦ والبحر الزخار حـ ٥ ص ٢٨٦ .

فى كل منهـا دون ثلـث الديـة وتكون ديتها فى الجائفـة على النصـف من ديـة الحـر اذ الواجـب فى كل منهـا أكثـر من الثلث وهذا هـو رأى أهل المدينـة وقـد روى أن ربيعـة بن عبـد الرحمن سـأل سـعيد ابن المسيب عن رجـل قطـع أصـبع امرأة فقـال سـعيد فيها عشر من الابـل قـال فان قطـع ثلاثا ؟ قـال فيهـا ثلاثون من الأبـل فان قطـع أربعـا قال فيهـا عشرون قال ربيعـة أئـذا كثرت جروحهـا وعظمت مصـيبتها يقـل أرشـها فقـال سـعيد أعراقى أنت قال ربيعـة بل جاهل متعلـم أو عالم متبـين قال سـعيد هكـذا السـنة يا ابن أخى يعنى سـنة زيـد بن ثابت ومن هـذا يتبين ان الرواية عن رسـول الله صـلى الله عليـه وسـلم لم تصـح فى ذلك اذ لو صـحت ما اشتبهت على سعيـد ولأجال الحـكم على سـنة رسـول الله صـلى الله عليـه وسـلم لا على سـنة زيـد [١] .

والى هـذا الـرأى الـذى ذهب اليـه المالكيـة ذهب الحنـابلة وأهل الظـاهر[٢].

ويرى المـالكية ان ما ينشـأ عن الفعـل الواحد كضربة واحـدة أو ما هو فى معنـاه كضربات فى وقت واحـد متتابعـة دون فصل بينهـا يعـد جنـاية واحـدة يجب ارشـها ولا يفـرق ما ينشـأ عنهـا من الأثر فاذا ضرب شـخص امـرأة ضربة واحـدة أو ضربات فى فـور واحـد فقطـع لهـا أربـع أصـابع من يـد أو يدين أو يـد ورجـل وجبت ديـة أربـع أصـابع عشرون من الأبـل دون تفـريق بسبب اختـلاف الموضع مثـلا فلا يجب لكل أصـبع دية مسـتقلة وكذلك الـحكم عنـد اتحـاد المحـل وان تراخت الضربات لا فرق بين شـجاج وجراح فاذا قطـع رجـل لامرأة ثـلاث أصـابع من يـد كان عليـه ثلاثون من الأبل ثم اذا قطـع لهـا ثلاثا من يـد أخرى كان عليـه ثلاثون أخرى لاختلاف المحـل مع التـراخى فى الفعلين ثم اذا ضربهـا بعـد ذلك فقطـع لهـا أصـبعا أو أصـبعين من أية يـد كان لهـا فى كل أصـبع خمـس من الأبل فقـط لا عشر لاتحاد المحـل مع مراعاة ما سـبق قطعـه من تلك اليـد وذلك دون رد لبعض ما اخـذت فيما قطـع لهـا من قبـل ولـو قطـع لهـا اصبعين من يد ثم بعـد تراخ قطـع لهـا اصـبعين من تلك اليـد كان لهـا فى الجنـاية الاولى عشرون من الأبل لكل اصبـع عشر وفى الأخـرى عشر من الابـل لاتحـاد المحـل مع مراعاة ما سـبق قطعـه ولو كانت الجنـاية الثانيـة على اليـد الأخرى كان لهـا فيها عشرون لعـدم اتحاد المحـل وللتـراخى بين الفعلين ولا ضـم فى الشـجاج عنـد الـتراخى فى الفعـل فاذا أوضـحها موضـحتين فأخـذت عقلهـا ثم أوضـحها موضـحات أخـرى فلها عقلهـا

---

(١) الشرح الكبير للدردير والدسـوقى حـ ٤ ص ٢٨٠ .

(٢) كشاف القناع حـ ٤ ص ٢٢ وما بعـدها وتكملة المحلى حـ ١٠ ص ٤٤٠ .

كالرجل ما لم يبلغ ذلك فى المرة الواحدة ثلث الدية . فان بلغ رد الى النصف — وجملة القول عندهم ان الفعل المتحد أو ما فى حكمه يضم أثره سواء اتحد المحل أو تعدد ، أما المتراخى فلا يضم أثره ان تعدد المحل أما ان اتحد فانه يضم أثره فى الأصابع دون غيرها من الأسنان والموضحات وبقية الجراحات[1] .

مذهب الاباضية :

وذهب الاباضية الى أن دية المرأة على النصف من دية الرجل الا حلمة الثديين فان الواجب فيهما ضعف الرجل وقيل ديتها كالرجل فى الثلث وما دونها ونصف دية الرجل فيما زاد[2] .

أروش جراح الرقيق والأمة :

مذهب الحنفية :

يرى الحنفية أن الحر يقتل بالعبد والعبد بالحر كما هو الحكم بين الأحرار نظرا الى أن القصاص يعتمد المساواة فى العصمة وهى بالدين والدار والحر والعبد فى ذلك سواء وبناء على ذلك اذا ما قتل حر عبدا فسقط القصاص لشبهة أو سبب وجبت الدية فى مال القاتل كما تجب فى ماله اذا سقط القصاص بعفو عنه لأن الاعتداء فى هذه الحال اعتداء فماثل الاعتداء على الحر ولكن اذا كان اعتداء على الاطراف اعتبر اعتداء على مال لأن الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فلم يكن فيما يستوجبه كالاعتداء على اطراف الحر من كل وجه كما سيأتى بيانه ولذا لم يجب فيه قصاص وان كان عن عمد يجب فى مثله القصاص اذا كان على طرف الحر وانما يجب فيه ما يقوم به ذلك الطرف كما سيأتى .

ويجب فى الاعتداء على نفس العبد بازهاقها بمالا يوجب قصاصا قيمته لا الدية اذا لم تصل الى دية الحر فاذا بلغت دية الحر أو زادت عليها قضى بما لايصل الى الدية فيقضى بعشرة آلاف درهم وهى دية الحر الا عشرة دراهم اذا كان المجنى عليه عبدا فان كان أمة قضى نصف ذلك فى مثل هذه الحال الا خمسة دراهم وهذا عند ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وقال ابو يوسف تجب القيمة بالغة ما بلغت كما لو غصب عبدا قيمته عشرون ألف درهم فهلك فى يده فان قيمته تجب بالغة ما بلغت اجماعا — وذلك ان الضمان بدل المالية وبدل المالية بالقيمة فوجب أن يكون بالقيمة اما أنه بدل عن المالية فلأنه يجب للولى وهو لا يملك العبد الا من حيث ماليته فكان الضمان له بدلا عن ماليته ووجب فيه رعايتها ومماثلة لها كثرة وقلة اذ لا تماثل فى الواقع بين النفس والمال فيجب قيمته لذلك بالغة ما بلغت .

---

(1) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى حـ ٤ ص ٢٨١ طبعة الحلبى .
(2) شرح النيل حـ ٨ ص ٦ .

واذا كان الاعتداء على الاطراف مثل ما قدر فى الاعتداء على أطراف الحر بالنسبة الى ديته فينسب ما يجب فى الرقيق الى قيمته ففى يد العبد نصف قيمته لا يزاد على خمسة آلاف درهم الا خمسة ذلك لأن القيمة فى العبد كالدية فى الحر (١) .

قال صاحب النهاية فى نهايته هذا الذى ذكر خلاف ظاهر الرواية لأنه ذكر فى المبسوط . فأما طرف المملوك فقد بينا أن المعتبر فيه المالية لأنه لا يضمن بالقصاص ولا بالكفارة فلهذا كان الواجب فيه القيمة بالغة ما بلغت الا أن محمدا رحمه الله قال فى بعض الروايات القول بهذا يؤدى الى أنه يجب بقطع طرف العبد فوق ما يجب بقتله الى أن قال فلهذا لا يزاد على نصف بدل النفس فيكون الواجب خمسة آلاف درهم الا خمسة .

مذهب المالكية :

وذهب المالكية الى أن الحر لا يقتل بالرقيق وانما تجب فى الجناية على العبد قيمته فاذا قتله حر وجبت عليه قيمته بالغة ما بلغت وان زادت على دية الحر ذلك لأنه مال اتلف فوجب فيه ضمانه كسائر الأموال سواء أكان القتل عمدا أم خطأ الا اذا كان القاتل مكافئا له أو حرا كتابيا قتل عبدا مسلما عمدا فيقتل به والقيمة عندهم فى العبد كالدية للحر فيما فيه تقدير من الشارع من الجروح والشجاج فيؤخذ من قيمته بقدر ما يؤخذ من دية الحر ففى موضحته نصف عشر قيمته وفى جائفته أو أمته ثلث قيمته وهكذا واذا لم يكن من الشارع تقدير كان الواجب الحكومة باجتهاد الحاكم بأن يقوم العبد سليما ومعيبا ويؤخذ الفرق بين القيمتين(٢) .

مذهب الشافعية :

وذهب الشافعية أيضا الى أنه لا يقتل حر برقيق وانما يجب بالجناية عليه القيمة فيجب فى الجناية على نفسه بازهاقها قيمته بالغة ما بلغت مثل غيره من الأموال المتلفة وفيما دون النفس من الأطراف والمعانى ما نقص من قيمته سليما ان لم يقدر الشارع لمثل الجناية عليه فيما دون النفس جزاء ماليا فان كان له تقدير فيه كالموضحة كان الواجب من قيمته بنسبة ما يجب فى الحر من مال منسوب الى ديته ففي يده نصف قيمته وفى موضحته نصف عشرها وفى قول يجب النقص بين حال السلامة وحال العيب فى جميع الأحوال بأسوة بالحكم فى الأموال(٣) .

مذهب الحنابلة :

وذهب الحنابلة الى ما ذهب اليه الشافعية من الأحكام السابقة(٤) .

(١) الهداية والعناية حـ ٨ ص ٢٥٤ وما بعدها و ص ٣٦٨ وما بعدها .

(٢) الشرح الكبير للدردير والدسوقى عليه ج ٤ ص ٤١ ، ٢٦٨ ، ٢٧١ .

(٣) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٥٨ ، ٣٢٩ .

(٤) كشاف القناع ج ٣ ص ٣٧٣ ، ج ٤ ص ٥ ، ١٢ .

مذهب الظــاهرية :

وذهب أهل الظــاهر كما جاء فى المحلى[١] لابن حــزم الظاهــرى : من قتــل مؤمــنا عمــدا فى دار الاســلام وهو يــدرى أنه مســلم فولى المقتول مخير ان شــاء قتــل وان شــاء عفــا وله الدية ان لم يســقطها صراحة لا يزاد عليهــا صلحــا الا برضــا القاتل والآية باطلاقها تعم العبــد المقتول .

مذهب الزيدية :

وذهب الزيدية الى أنه اذا قتــل الحــر عبــدا عمــــدا أو خطــأ لم يجب فى ذلك قصــاص ولا دية وانمــا تجب قيمته مالم تتجــاوز دية الحــر فان زادت كان الواجب فيهــا مقــدار الــدية وهذا اذا لم تكــن زيادتها لحــرفة فيــه أو صــناعة يعــرفها فان كانت لذلــك وجبت تلك الــزيادة بــلا خلاف وعــدم وجــوب هــذه الزيادة هــو ما نص عليــه الهــادى فى المنتخب وجاء فى الأحــكام أن القيمــة تجب بالغــة ما بلغت وهو قول الناصر واتفقــوا على ان الجنــايات فى العبــد اذا تكررت حتى زاد مجموعها على دية الحر وجبت جميعها وكذلك تجب القيمــة أرشا فى اطــرافه مع مراعاة النســبة الواجبة فى أرش عضــو الحر بالنظــر الى ديتــه فى موضحته نصف عشر قيمتــه وفى يده نصف قيمتــه هكذا ويستوى فى ذلك الذكر والأنثى ويلاحظ فى ذلك عــدم تجــاوزها دية الحــر التى تماثلهــا ففى يد العبــد أو عينــه نصف قيمتــه اذا كانت قيمتــه مســاوية دية الحر فأقل والالم تزد على دية الحــر[٢] .

مذهب الشيعة الامامية :

وذهب الشــيعة الامامية الى أن الحــر لا يقتــل بالعبــد ولا بالأمــة ويجب على القاتل القيمــة ولا يتجاوز بقيمــة العبد دية الحــر ولا بقيمــة الأمــة دية الحــرة فان تجــاوزت ردت الى الــدية فى العبــد والأمــة ـــ وقيمــة العبــد مقســومة على أعضائه كمــا أن دية الحــر مقســومة على أعضائه والحــر أصــل للعبــد فيمــا فيه جــزاء مالى مقــدر واذا كان ما اعتــدى عليه بالاتلاف فى اليــد واحــدا ففيه كمال قيمته كما ان عضــو الحــر الواحــد فيــه دية كاملة وما فيه أثنــان ففى أحدهما نصف قيمتــه كالعينين واليـــدين وهكــذا وكل مالا تقــدير فيه للشــارع فالعبــد فيــه أصــل للحــر فان الارش انمــا يتقدر بأن يفــرض الحر عبــدا ســليما من الجنــاية وتعرف قيمتــه حينئذ ثم يفــرض معيبــا بها وتتعرف قيمتــه حينئذ ثم يؤخــذ من الدية بنســبة تفاوت القيمتين كمــا يؤخــذ العبــد بالفــرق بين القيمتين[٣] .

مذهب الاباضــية :

وذهب الاباضــية الى أن الحــر لا يقتــل بالعبــد لأنه مال وانمــا يجب بالجنــاية عليــه قيمتــه ولا تجب على العاقلة وكذلك تجب القيمــة فى الجنــاية على الاطــراف مراعا فيهــا قيمة صاحبها[٤] .

(١) تكملة المحلي جـ ١٠ ص ٣١٠ .

(٢) شرح الازهار ج ٤ ص ٤٣٠ وما بعدها .
(٣) تحرير الاحكام ج ٢ ص ٢٤٦ .
(٤) شرح النيل ج ٨ ص ١٠٧ ، ١٧٧ ، ١٩٣ وما بعدها .

أرش جراح الذمى

مذهب الحنفية :

ذهب الحنفية الى أن المسلم يقتل بالذمى كما يقتل الذمى بالمسلم ويجب القصاص بينهما كذلك فى الأطراف ويتساويان فى الأروش والديات لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « دية كل ذى عهد فى عهده ألف دينار » وكان على ذلك قضاء أبى بكر وعمر فالمسلم والذمى سواء فى دية النفس وفى أروش الشجاج والجروح[١] والمستأمن كالذمى فى الدية والارش دون القصاص •

مذهب المالكية :

وذهب المالكية الى أن دية الكتابى الذمى والكتابى المعاهد نصف دية المسلم والمجوسى المعاهد والمرتد ثلث خمس دية المسلم وأنثى كل من هؤلاء على النصف من ديته وقيل لا دية للمرتد وانما على قاتله الادب وهذا قول سحنون والاول قول ابن القاسم[٢] وكذلك الحكم فى الأطراف •

مذهب الشافعية :

وذهب الشافعية الى أن دية النصرانى واليهودى اذا كان لهما أمان ثلث دية المسلم نفسا وأطرافا لقضاء عمر وعثمان بذلك ولم ينكر عليهما ذلك مع انتشاره فكان اجماعا اما من لا أمان له فمهدر[٣] •

(١) الهداية ج ٨ ص ٢٧٢ ، ٣٠٧ ، ٣٧٢ والدر وابن عابدين ج ٥ ص ٤٠٧ •
(٢) الشرح الكبير والدسوقى ج ٤ ص ٢٦٨ •
(٣) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٠٣ •

مذهب الحنابلة :

وذهب الحنابلة الى أن دية الكتابى الحر على النصف من دية المسلم لحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعا قال : دية الكتابى الحر نصف دية المسلم رواه أبو داود وحسنه وهذا اذا كان ذميا أو معاهدا أو مستأمنا لاشتراكهم فى حقن الدم وأروش جراحاتهم من دياتهم كجراحات المسلمين من دياتهم وأما الحربى فدمه هدر[٤] •

مذهب الظاهرية :

قال ابن حزم فى تكملة المحلى وان قتل مسلم عاقل بالغ ذميا أو مستأمنا عمدا أو خطأ فلا قود عليه ولا دية ولا كفارة ولكن يؤدب فى العمد خاصة ويسجن حتى يتوب كفا لضرره وبرهان ذلك قوله تعالى : « ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله الا أن يصدقوا » فكان ذلك فى المؤمن بيقين — والضمير فى قوله تعالى : وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى أهله • راجع الى المؤمن ضرورة لا يمكن غير هذا ولا ذكر للذمى أصلا ولا لمستأمن فصح أن ايجاب الدية على مسلم فى ذلك لا يجوز البتة وكذلك ايجاب القود عليه ولا فرق[٥] وقال بعد ذلك ولو أن مسلما جرح ذميا عمدا ظالما فأسلم الذمى ثم مات من ذلك الجرح فالقود فى ذلك بالسيف خاصة ولا قود فى الجرح لأن

(٤) كشاف القناع ج ٤ ص ١٢ •
(٥) ج ١٠ ص ٣٤٧ مسألة ٢٠٢١ •

الجرح حـدث ولا قود فيه لأنه كافر : ولن يجعـل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا[١] .

مذهب الزيدية :

وذهب الزيدية الى أن دية الذمى والمجوسى والمعـاهد تتسـاوى مع دية المسـلم فى النفس والاطـراف خلافا للنـاصر اذ رأى أنهـا ثلث دية المسـلم وهو رأى الشافعى[١]

مذهب الشيعة الامامية :

الشـيعة الاماميـة لهم فى دية الذميين روايات أشـهرها ثمانمـائة درهـم وديات نسـائهم على النصف من ذلك ولا دية لغيرهم من أهل الـكفر ومن الروايات أنهـا كدية المسـلم ومنهـا أنها أربعة آلاف درهـم وأروش جراحاتهـم من دياتهـم كجـراحات المسلمين من دياتهم[٣] .

مذهب الاباضية :

يرى الاباضـية أن دية الكتابى المعـاهد ثلث دية المسـلم كاليهـودى والنـصرانى والمجوسى اذا كانوا على عهـد جـزية أو عهـد صلح أو كانت الجنـاية عليـه قبـل أن يدعوهم الامام ونحـوه الى الهـدى وقيل دية الذمى نصف دية المسـلم ودية المجوسى المعـاهد ثمانمائة درهم والمجوسى الذى لم يدع الى الاسـلام ثلثا عشر دية المسـلم والوثنى ستمائة درهم اذا جنى عليه فى صلح أو قبل دعوته الى الاسلام وأروش الجروح كديات النفس فجـرح المعـاهد ثلث جـرح المسلم وعقله ثلث عقل المسلم وهكذا سمعه وبصره[٤] .

تعدد الأروش وتداخلها

مذهب الحنفية :

الاصـل عند الحنفية انه اذا تعـددت الجنايات بتعدد محلها وجب لكل جناية أرشها ولم يدخل أرش احداها فى أرش أخرى وان كان أقل منه لانها تكون حينئذ جنايات مستقلة تستتبع كلجناية منها أثرها الشرعى وهو وجوب أرشهـا واما اذا حدثت الجنـاية على عضو فتـترتب عليهـا أثران كأن شـج رجـل آخـر موضحة فذهب بسبب ذلك عقله أو شعر رأسـه دخـل أرش الموضـحة فى الدية وهى قـد وجبت بذهاب العقل أو بذهاب شـعر الرأس وأسـاس ذلك بالنسبة الى فـوات العقـل أنه بفواته تبطـل جميـع منـافع الأعضاء اذ لا ينتفع بهـا بدونه فصـار فواته فى حـكم الموت بالنسـبة لها فيدخـل أرشـها فى ديته كما فى فوات النفس وعليـه لا يجب أرش أية جنـاية ترتب عليهـا زوال العقل ـ أما بالنسـبة الى زوال الشـعر فلأن ضرر الموضحة يتمثـل فى زوال شـعر الرأس بسببها ولذا انمـا يجب أرشها بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت ما زال بها سقط أرشها والدية تجب بفوات شىء من الشـعر فكانت الموضحة كالجزء بالنظـر اليه حينئذ اذ أنهمـا قد تعلقا بسبب واحـد وهو فوات الشعر فيدخل الجزء فى الكل كمـا اذا قطع أصبع رجل رجل فشلت يده اذ لا يجب الا دية اليـد ـ وجملة القول انه اذا وقعت الجناية

---

(١) تكملة المحلى ج ١١ ص ٣٩ مسالة ٢١٣٠.
(٢) الازهار ج ٤ ص ٤٤٣ .
(٣) المختصر النافع ص ٣١٦ وتحرير الاحكام ج ٢ ص ٣٦٩ .
(٤) شرح النيل ج ٨ ص ٥٦ ، ٥٧ .

على عضو واحد فاتلفت شيئين وأرش أحدهما أكثر من أرش الآخر دخل الأقل فى الأكثر اما ان وقعت على عضوين فانه يجب أرش كل منهما استقلالا ولم يدخل أحدهما فى الآخر وهذا عند أبى حنيفة واذا كان فى الجناية على الاول قصاص سقط القصاص عنده للشبهة وعندهما يجب القصاص فيه أن أمكن الاستيفاء والا دخل الثانى فى الأول وقال زفر لا تتداخل أروش الجنايات فلا يدخل بعضها فى بعض اذا كانت فيما دون النفس فيجب فى كل جناية أرشها .

واذا ذهب بالموضحة السمع أو البصر أو الكلام لم يدخل أرشها فى أرش أحد هذه الأشياء عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يدخل فى دية السمع والكلام لا فى دية البصر لأن البصر ظاهر فلا يلحق بالعقل فى حكمه وهو دخول أرش الموضحة فى ديته أما السمع والكلام فأمران مصدرهما باطنى فيلحقان بالعقل فى دخول أرش الموضحة وللامام ومحمد ان كل واحد من هذه المنافع أصل بنفسه فيتعدد حكم الجناية عليه بتعدد فلا تداخل وهذا بخلاف العقل لأن منفعته تعود على الاعضاء جميعها فصار كالنفس بالنسبة لها وزواله فى معنى زوال النفس والحاق صاحبها بالموت وذهب الحسن بن زياد الى أن أرش الموضحة لا يدخل فى أرش شيء الا أرش زوال الشعر لاتحادهما محلا واذا اجتمع قتل وقطع فان تخلل بينهما برء اعتبر كل فعل مستقلا وترتب عليه أثره الشرعي حتي لو كانا عمدين استتبع كل منهما موجبه لأن موجب الاول تقرر بالبرء فلا يدخل أحدهما فى الآخر وعلى هذا يكون للولى القطع ثم القتل وان كانا خطأين فقطع الجانى يده ثم قتله خطأ وجبت دية ونصف دية للنفس ونصف دية لليد ولو كان القطع عمدا والقتل خطأ ففى اليد القود وفى النفس والدية ولو كان بالعكس ففى اليد نصف الدية وفى النفس القود واذا لم يتخلل برء فلو كان أحدهما عمدا والآخر خطأ اعتبر كل على حدة ففى الخطأ الدية وفى العمد القود ولو كانا خطأين فالكل جناية واحدة باتفاق فتجب دية واحدة ولو عمدين فعند الصاحبين يقتل ولا يقطع وعند الامام ان شاء الولى قطع ثم قتل وان شاء قتل ولا عبرة باتحاد المجلس وهو الظاهر وروى عن نصر بن سلام انه كان يقول الخلاف بين الامام وصاحبيه فيما اذا قطع يده فى مجلس وقتله فى مجلس آخر فلو كانا فى مجلس واحد يقتل ولا يقطع اتفاقا [1] نقلا عن الكفاية .

مذهب المالكية :

وذهب المالكية الى أن الدية تتعدد بتعدد الجناية فلو قطع يديه فزال عقله فديتان ولو فقد بصره مع ذلك فثلاث ديات وهكذا — واذا كان محل الجناية له منفعة كالأذنين لهما منفعة السمع والعين لها منفعة البصر فزالت منفعة المحل بالجناية عليه فلا تتعدد الدية بذهاب منفعة المحل مع ذهابه فاذا قطع أذنيه فزال سمعه وجب

(١) الزيلعى ج ٦ ص ١٣٥ وما بعدها والدر المختار وابن عابدين ج ٥ ص ٣٩٨ .

دية واحــدة واذا قلع عينيه فــزال بصره وجب دية واحدة ولا تجب الحكومة فى المحل مع وجوب الدية ولا عبرة بتعــدد منفعته فاذا جنى على لســانه فــزال ذوقه فقــط أو ذوقــه ونطقه جميعــا فدية واحــدة فى الحالين وهــذا اذا لم توجــد المنفعة بغيره أيضــا فان وجدت بغيره وجب لزوالهــا دية لاجلهــا فاذا كسر صــلبه فاقعده ذلك وذهبت قوة جماعه أيضــا فعليــه دية لمنــع قيامه ودية أخــرى لعــدم قوته على الجماع [١] .

مذهب الشــافعية :

وذهب الشــافعية الى أنه اذا اعتــدى انســان على آخــر فى عضــو من أعضــائه وكان لمنفعــــة زالت بهـــذا الاعتــــداء فالــواجب دية واحـــدة هى دية المنفعــة ودخلت دية العضو فيها وان لم يكن محــلا لها فزالت بالاعتداء عليه فالواجب ديتــان دية العضو ودية المنفعة وعلى ذلك اذا اعتــدى على أذنيه فزال ســمعه رجب ديتان دية أذنيه ودية سمعه اذ ليس الســمع فى جرم الاذنين بل فىمقرهما من الرأس ولو جرحه بموضحة فزال بصره أو ســمعه وجب أرش الموضحة ودية الســمع أو البصر وكذلك اذا زال عقله بها لأنها جناية أبطلت منفعة ليست فى محل الجناية ولو قطع يديه ورجليــه فزال عقله وجب ثلاث ديات وهــكذا وفى قول يدخــل الأقل فى الاكثر أو فى المساوى كأرش اليدين أما عند اتحــاد المحل فالواجب أكبر الديتين كما لو اعتــدى انســان على حــدقة آخر فذهب بصره لم تجب الا دية البصر [٢] وكما اذا قطــع لســانه فذهب منــه القدرة على الــكلام والذوق لم يجب الا دية واحــدة كاملة للتداخــل بين الديات بســبب اتحــاد المحــل والفعــل .

مذهب الحنــابلة :

وذهب الحنــابلة الى أنه اذا لم يتحــد المحــل فى الجنــاية والمنفعــة بل تعــددت الجنــاية ففى قطــع الاذنين قطــــا أدى الى ذهاب الســمع ديتــان : دية لــلاذنين وأخــرى للســمع لأن مقــر الســمع ليس فى الاذنين فلا تداخل وكذلك اذا قطع الاجفان فذهب البصر وجبت دية للبصر ودية للاجفان لنفس الســبب وكذلك الحــكم فيمــا اذا قطع الشــفتين فانقطــع الكلام وجبت دية للشــفتين ودية للكلام وان اتحــد المحــل فان بقى بعــد الجنــاية وجبت دية المنفعة فاذا جنى على لســان فأذهب الكلام والذوق وجبت ديتان : دية للكلام ودية للذوق لبقــاء المحــل وهو اللســان اما اذا أدت الجنــاية الى قطــع اللســان فذهب الكلام والــذوق فان الــواجب دية واحــدة لذهاب الكــلام والســمع تبعــا لقطع اللســان فتجب دية دونها كما لو قتــل انســانا لم تجب الا ديته فقط ولم يكن لمنــافعه من ســمع وبصر وغيرها ديات وعلى ذلك اذا قطــع ربع اللســــان فترتب عليــه انقطاع ربع الكلام وجب ربع الــدية لتســاوى الواجبين وتداخلهــا واذا ترتب عليــه انقطــاع نصف الكلام وجب نصف الدية لدخــول ربعها الخاص باللســان

(١) الشرح الكبير وحاشــية الدسوقى عليه ج ٤ ص ٢٧٩ ، ٢٨٠ .

(٢) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣١٦ وما بعدها .

فى النصف الواجب بانقطاع نصف الكلام اذ الأقل يندرج فى الأكثر — واذا ذهب عقله بجناية لها ارش كالموضحة ونحوها أو قطع عضوا من يديه أو رجليه أو ضربه على رأسه فذهب عقله وجبت دية كل منفعة مع ارش الجرح فاذا ذهب بالجرح عقله وبصره وسمعه وكلامه كان الواجب اربع ديات مع ارش الجرح وان مات من الجرح بالسراية فدية واحدة[١] .

مذهب الزيدية :

ويرى الزيدية أنه اذا جنى شخص على آخر فقطع أنفه وشفتيه وذهبت عيناه وجب على الحاكم أن ينتظر فى الحكم الى تبين الحال فى مآل الجناية فاذا مات المجنى عليه منها وجبت دية واحدة فقط . واذا لم يمت تعددت الديات ، فوجب ثلاث ديات دية لانفه ودية لشفتيه ودية لعينيه ، وهذا حكم عام فى الجنايات وعلى ذلك اذا جنى شخص على غيره جنايات متعددة ثم قتله فان كان القتل متصلا بجناياته لم تجب الا دية واحدة وأن كان فى وقت آخر وجبت أروش الجنايات السابقة ودية نفسه وجاء فى الازهار أن الدية تتعدد فى الميت بتعدد الجنايات اذا كانت الجنايات منفصلات بأن تزيل أنفه ثم عينيه ثم شفتيه ونحو ذلك فيموت فان الدية تتعدد كما تتعدد لو لم يمت غير أنه لو لم يمت الا بمجموعها فدية واحدة — وان كان كل واحدة قاتلة مباشرة . اذ الجنايات الاخيرة قد وقعت فصار فى حكم الميت . اما اذا كان ما قبل الاخيرة لا يقتل وقد مات بالاخيرة بالمباشرة أو بالسراية ففى الموت الدية مع الاخيرة وفيما قبلها الارش . وعن الناصر ان الأعضاء اذا بانت بضربة واحدة لزمت دية واحدة والا تعددت .

وفى البحر الزخار اذا تعددت الموضحة بضربة واختلف المحل تعددت الدية وقيل الواجب واحدة وهو الاقرب ان لم يكن بينهما فاصل . وفيه أيضا اذا ذهب الصوت ومعه اللسان فديتان[٢] .

مذهب الشيعة الجعفرية :

وذهب الشيعة الجعفرية الى عدم التداخل فى الأرش فاذا شجه فذهب عقله وجبت دية لعقله مع دية الشجة واذا جنى على لسانه فذهب صوته فان أبطل معه حركة اللسان فدية لذهاب صوته وثلثا دية للسان ان لحقه حكم الشلل[٣] ، وعلى ذلك فلا تداخل فى الأروش عند الشيعة .

مذهب الاباضية :

وذهب الاباضية الى أن العبرة بالفعل فاذا اتحد الفعل بأن كان واحدا ترتب على أثره جزاء واحد وان تعدد الفعل وتعدد أثره تعدد أرشه بعدده فاذا جنى على انسان فأتلف عينه مع اجفانها ومع حاجبها بضربة واحدة فالواجب فى ذلك دية واحدة هى دية العين وهى نصف الدية الكاملة وقيل لكل عضو ديته وان تعدد الضرب فلكل دية وقالوا فى توجيه ذلك أن

(١) كشاف القناع ج ٤ ص ٢٣ ، ٢٤ ، ٢٥

(٢) شرح الازهار طبعة سنة ١٣٥٨ هـ ج ٤ ص ٤٤٨ ، ٤٤٩ والبحر الزخار ج ٥ ص ٢٨٧ وما بعدها .

(٣) ج ٢ ص ٣٧٥ تحرير الاحكام . ٢٨ ، ٢٩ .

تعـدد الأثر بضربة تشـبه المـوت تلـزم فيـه الـدية الواحـدة مع اشـتماله على عـدة منـافع فى كل دية وفى توجيـه القول الآخـر ان لكل أثـر دية فاذا تحقق اسـتتبع ديتـه ولا عبرة بتعـدد الضرب أو عـدم تعـدده ولا وجه للقيـاس على الموت اذ لم يحدث موت فعلا[١] .

من يجب عليـه الأرش وما تتحمله العـاقلة منه

مذهب الحنفيـة :

يرى الحنفيـة أن الأرش مال يسـلك به مسـلك الامـوال ولـذا يجب بجنـاية الصـبى والمجنـون والمعتـوة خطـأ وكذلك السـكران ان سكر بمباح لأنه مؤاخذ فى الاموال فاذا جنى أحد من هؤلاء على غيره جناية تستوجب الارش فانه يجب بجنايته كما هو الحكم فى البالغ العاقل وعنـدئذ ان بلغ الارش نصـف عشر الدية الكاملة وهو ٥٠٠ درهم فى الرجل و ٢٥٠ فى المـرأة كان على العاقلة والـرد كان فى مال الجـانى وحكومة العـدل فى الجـروح تجب فى مال الجـانى ولا تتحملهـا العـاقلة مطلقـا على الصحيح كمـا فى الدر المختـار ونقل ابن عابدين عن تنوير الأبصـار ان حـكومة العـدل كانت دون ارش الموضـحة أو مثلهـا لا تتحملهـا العاقلة وان كانت أكثر من ذلك بيقين فـلا روايـة فى ذلك عن أصـحابنا وقد اختلف فى ذلك المتأخرون فقال شيخ الاسـلام الصحيح أن العـاقلة لا تتحملـه كـذا فى التتار خانية[٢] وأرش الموضحة نصف عشر الـدية ــ وما يجب من المـال فى العمـد المحض يجب فى مال الجانى مطلقا فى النفس وفيمـا دونهـا وما يجب منـه فى الخطـأ على العاقلة فى الحالين وما يجب منه فى شبه العمـد على العـاقلة اذا كان فى النفس واما اذا كان فيمـا دونهـا فهو فى مال الجـانى ان بلغ الدية والا فعلى العـاقلة[٣] ــ واما الغـرة فان العـاقلة تتحملها .

مذهب المـالكية :

يرى المالكية أن دية الرقيق وأرشه على الجانى فى ماله وكذلك دية جناية العمد على الحر وعلى الرقيق وانما تتحمل العاقلة دية جناية الحـر فى الخطأ أو العمد الذى لا قصاص فيه وفى حكمها الأرش وحكومة العدل اذا بلغ ذلك ثلث الدية الكلية أو كان أقل من الثلث ولكن وجب تابعـا لدية كاملة كموضـحة وناقلة مـع دية وجبت بالجنـاية ــ ويشـترط فى وجـوبها على العـاقلة أن يكون ثبوتهـا بالبينـة أو باللوث مـع القسـامة لا بالاقـرار والجانى واحـد منها ان كان بالغـا مليئـا ــ ويشترط فى الزام العـاقلة بالأرش ان يبلغ ثلث دية المجنى عليـه أو ثلث دية الجـانى عنـد تكـرر الارش فان لم يبلغ أحـدهما كانت على الجاني فى ماله كما هو حـكم العمـد على النفس وعلى الاطـراف ويجب الارش بجناية الحـر المسـلم وان كان صـبيا أو مجنـونا لان وجوبه من خطـاب الوضـع

---

(١) شرح النيل حـ ٨ ص ٢٦ .

(٢) الدر المختار وابن عابدين حـ ٥ ص ٤١٦ .

(٣) الدر المختار وابن عابدين حـ ٥ ص ٣٧٧ ، ٣٩٩ .

ولوجوبه فى الاطراف ويجرى بها مجرى الأموال[١] .

مذهب الشافعية :

يرى الشافعية أن العاقلة تحمل دية الخطأ وشبه العمد فى النفس وفى الاطراف ونحوها وكذلك تحمل الحكومات والغرة لا العمد ويلزم ذلك الجانى أولا على الأصح ثم تؤديه العاقلة معونة وتحملا اجماعا ولا عبرة لمن شذ فجعل ما يجب فى شبه العمد على الجانى كالعمد وانما تتحمل العاقلة ذلك اذا ثبتت الجناية ببينة أو باقرار مع تصديق العاقلة له لا مع عدم تصديقها اياه — ويجب الارش فى خطأ العاقل والصبى والمميز والمعتوه والمجنون والنائم وكذلك الدية[٢] .

مذهب الحنابلة :

يرى الحنابلة أن مايجب من مال فى العمد المحض فعلى الجانى فى ماله لقوله صلى الله عليه وسلم : «لايجنى جان الا على نفسه» أما مايجب فى شبه العمد والخطأ أو ما يجرى مجراه كانقلاب نائم على انسان فعلى العاقلة لا يلزم القاتل شىء منه ان كان المجنى عليه حرا مسلما لا عبدا ولا تحمل العاقلة الا ما بلغ ثلث الدية أو زاد عليه حين تثبت الجناية ببينة أو باقرار الجانى مع تصديقها اياه وتحمل غرة الجنين تبعا لجناية امه ان مات معها أو بعد موتها لا ان مات قبلها لنقصها عند التلف وتحمل دية المرأة وما يجب فى جراحها ان بلغ ما يجب ثلث ديتها وما عدا ذلك ففى مال الجانى[٣] ويجب الارش بخطأ الصبى والمجنون والمعتوة والنائم .

مذهب الظاهرية :

جاء فى المحلى[٤] أن دية الخطأ فى القتل على عاقلة القاتل وما يجب فى العمد من مال ففى مال القاتل أما الجنايات على الاعضاء خطأ حيث لا تؤدى الى ازهاق النفس فذلك مما عفا الله عنه لا جناح على الانسان فيه لقوله تعالى « وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ماتعمدت قلوبكم» ولما روى عن ابن عباس رضى الله عنه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ان الله تجاوز لى عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » وبناء على ذلك لا يجب على أحد غرامة مالية فى عمد ولا فى خطأ ألا أن يوجب ذلك نص صحيح أو اجماع متيقن ولا شىء من ذلك ثابت والقياس فيه باطل وعلى ذلك فلا يجب على عاقلة مال لجناية جناها أحد منها .

مذهب الزيدية :

يرى الزيدية ان ما تعقله العاقلة من الأروش هو ما كان نتيجة جناية خطأ فلا تعقل عمدا الا عمد الصبى والمجنون اذ حكمه حكم الخطأ ويشترط ان تثبت بالبينة أو باقرار مع تصديق العاقلة فلا تعقل

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه حـ ٤ ص ٢٨١ ، ٢٨٢ ، ٢٨٦ .

(٢) نهاية المحتاج جـ ٧ ص ٣٠١ وحواشى التحفة حـ ٩ ص ٢٥ طبعة مصطفى .

(٣) كشاف القناع ص ٤ ص ٣٨ .

(٤) المحلى لابن حزم حـ ١٠ ص ٣٨٨ ، ٤٠٤ وما بعدها .

ما كان صلحا وان يكون الارش أرش موضحة فأكثر فلا تعقل ما دون ذلك وهذا قول الهادى والمؤيد ــ تعقل القليل والكثير ــ وان يكون الجانى حرا فلا تعقل عن العبد ولا يشترط فى وجوب الارش عقل الجانى بل يجب بجناية الصغير والمجنون والمعتوه (١) .

مذهب الشيعة الجعفرية :

. الدية فى العمد على الجانى فى ماله وكذلك شبه العمد أما دية الخطأ فهى على العاقلة سواء أكان للجانى مال أم لا ولا تتحمل ما دون الموضحة وهو الا شهر وقال فى الخلاف تحمل العاقلة القليل والكثير ولا تحمل اقرارا ولا صلحا ولا عمدا فى النفس ولا فى الجروح والاعضاء وانما تحمل جناية الحر لا العبد أما العبد فيلزمه المال فى رقبته وعمد الصبى والمجنون خطأ تحمله العاقلة (٢) .

مذهب الاباضية :

يرى الاباضية أن دية الخطأ على العاقلة وكذلك دية العمد اذا كان الجانى لا يقصد القتل وكانت الآلة التى استعملها مما يمكن به القتل ولا يبعد وما تلزم به العاقلة قد يكون الدية كلها كما فى القتل خطأ وقد تكون دونها كما فى أروش بعض الاعضاء ــ واذا قتل مسلم كتابيا خطأ كانت الدية على العاقلة وقيل أن دية الكتابى مطلقا فى مال الجانى وتجب دية الابن اذا قتله أبوه على العاقلة ولو عمدا اذ ان الأب لا يقتل فى ابنه

(١) شرح الازهار حـ ٤ ص ٤٥٥ وما بعدها .

(٢) تحرير الاحكام حـ ٢ ص ٢٨٠ .

وكذلك الحكم فى كل من لا يقتل بقتله آخر وتجب على العاقلة دية من يموت فى اللعب ومن يموت بسبب ضربه تأديبا ودية الموت سراية من جرح ودية السمع أو البصر اذا فقد بشجة ــ والمذهب أن العاقلة لا تعقل العمد مطلقا الا عمد الصبى والمجنون ولا يدخل الجانى فى العاقلة وقيل هو واحد منها ــ ولا تعقل العاقلة الا ثلث الدية فما زاد لا ما هو دون ذلك وقيل لا يعقل الا ما كانت ديته كدية الموضحة أو أكثر لا ما كانت ديته أقل وقيل أنها تعقل ما كان أكثر من الثلث أما الثلث ففيه خلاف وقيل تعقل القليل والكثير من الأروش فى الخطأ (٣) .

ما يسقط به وجوب الارش

يسقط وجوب الأرش بسبب من الاسباب الآتية :

١ ــ الاداء فاذا أدى الارش فقد وفى الواجب

٢ ــ الابراء من المجنى عليه أو ممن يستحقه من الارش بعد وجوبه لانه يثبت دينا فيسقط بالابراء واذا حدث الابراء فى مرض الموت كان من الثلث لانه يكون وصية واما عفو المجنى عليه عن الجناية فان كانت جناية يترتب عليها وفاة المجنى عليه بالسراية فيرجع فيه الى مصطلح العفو عن الدية وعما يوجبها من الجنايات وان لم يترتب عليها وفاة المجنى عليه فان العفو عنها يعد عفوا وابراء عما استوجبته من الجزاء المالى اتفاقا لانه فى معنى الابراء من الدين أما ما يترتب عليه بسبب السراية

(٣) النيل حـ ٨ ص ١٠٤ ، ١٠٥ .

بعد ذلك فلا يتناوله العفو لانه اسقاط لما لم يجب بعد واسقاط الشيء قبل وجوبه غير صحيح اتفاقا وفي ذلك اختلاف المذاهب يرجع في مصطلح عفو في موضوع الجناية لها [١] .

٣ - حصول البرء من الجناية وأثرها بعد وقوعها وللمذاهب في ذلك التفصيل والبيان الآتي .

مذهب الحنفية :

يرى الحنفية ان الجراحات اذا برئت عن غير أثر لا شيء فيها في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف فيها حكومة الألم وقال محمد على الجاني أجر الطبيب [٢] وكذلك الحكم في الشجاج وسواء في ذلك ما للشارع فيه تقدير محدد وما ليس له فيه تقدير .

مذهب المالكية :

يرون أن ما لا تقدير فيه من الجراح اذا برئ على شين وجب فيه حكومة عدل اما اذا برئ دون أن يترك أثرا فلا شيء فيه على الجاني - وأما ما كان فيه عقل مقدر من الشارع ففيه ما قدره الشارع مطلقا دون زيادة الا في الموضحة اذا كانت في الوجه أو الرأس اذا برئت على شين ففيها الدية مع حكومة عدل في الشين على المشهور [٣] . ويرد الارش للجاني اذا أخذه المجنى عليه عند عود البصر بعد ذهابه بالجناية وفي عود السمع والكلام والعقل والذوق والشم واللمس بعد الجناية عليها تأويلان عندهم .

مذهب الشافعية :

جاء في نهاية المحتاج[٤] : اذا أخذت دية العقل وغيره من بقية المعاني كالسمع والبصر ثم عاد بعد زواله استردت من المجنى عليه وذلك فيما للشرع تقدير فيه اما ما ليس للشارع فيه تقدير من الجروح فقد جاء في النهاية أن لا تقويم فيه الا بعد اندماله فاذا اندمل عن أثر كان فيه حكومة عدل وان اندمل عن غير أثر أعتبر في حكومة العدل أقرب نقص لحق المجنى عليه الى وقت اندماله حتى لا تحبط الجناية وقيل يقدر القاضي باجتهاده ويوجب شيئا حذرا من اهدار الجناية وقيل لا غرم كما لو تألم بضربة ثم زال الألم .

مذهب الحنابلة :

جاء في كشاف القناع [٥] . اذا عاد البصر وكذلك ما في معناه من السمع والكلام والذوق والمشي والنكاح بعد ذهابه بالجناية اذا عاد لم تجب الدية لعود ما ذهب من المنافع فاذا كان المجنى عليه قد أخذها ردها لتبين أنه قد أخذها بغير حق وينتظر في أداء الدية اذا قرر عدلان من أهل الخبرة رجاء عودة الى مدة عيناها فان مضت المدة،ولم يعد أو مات المجنى عليه قبل مضيها وجبت الدية . وان قال أهل الخبرة يرجى عوده ولكن لا نعرف لذلك مدة وجبت الدية لئلا يلزم تأخير حق المجنى عليه لا الى أمد .

---

(١) راجع الزيلعي حـ ٦ ص ١٧١ .
(٢) البدائع حـ ٧ ص ٣١٦ ، ٣٢٠ .
(٣) الشرح الكبير والدسوقي عليه حـ ٤ ص ٢٧٠ ، ص ٢٧١ ، ٢٧٩ .
(٤) حـ ٧ ص ٣١٦ ، ٣٢٧ .
(٥) حـ ٤ ص ٢٠ ، ٢٥ ، ٢٩ .

مذهب الظاهرية :

جاءفي المحلى أن ابن حزم يرى ان لا مال فى الخطأ ولا يجب منه شىء فى شبه العمد والعمد الا ما قدره الشارع ولم يصح عنده فى عمد الاطراف الا القصاص ولم يفرض فيه الشارع دية ولم يصح عندهم ما جاء فى ذلك من الآثار (١) .

مذهب الزيدية :

جاء فى شرح الازهار وفيما كثر من الاعضاء فانجبر ونحوه بعد انكساره ثلث ما وجب فيه لو لم ينجبر فلو ذهب عقله ثم عاد أو ذهب بصره أو سمعه أو شمه بسبب الجناية ثم عاد فالحكومة فيه ثلث ما كان يجب لو لم يعد . وعلق صاحب الحاشية على ذلك بأن هذا فى غير المنقلة والهاشمة والموضحة والمتلاحمة والباضعة أما فيها فلا ينقص من أرشها شىء ولو انجبرت وانما هذا فى اليد والرجل والأصبع ونحوها (٢) .

مذهب الشيعة الجعفرية :

جاء فى تحرير الاحكام اذا ذهب كلام المجنى عليه بالجناية على لسان ثم عاد كلامه بعد دفع الدية استردت الدية من المجنى عليه قاله فى المبسوط وجاء فى الخلاف لا تسترد الدية وجاء فى ذهاب السمع والبصر اذا عادا بعد زوالهما حكومة عدل وفى العقل والشم اذا عادا بعد ذهابهما لم تسترد الدية لان عودهما منحة من الله تعالى وفى كسر عضو من الاعضاء اذا انجبر وصلح عن غير عيب أربعة أخماس ديته (٣) .

مذهب الاباضية :

جاء فى النيل ولكل جارحة بانت ولو رجعت وبرئت ديتها كما لو لم ترجع فى الحواس كالسمع اذا رجعت بعد ذهابها بالجناية ديتها كذلك (٤) .

أرض

تعريف لفظ أرض

الأرض مؤنث وهى اسم جنس وهى الكرة السيارة التى عليها الناس (٥) .

ما يصح التيمم به من أجزاء الأرض

مذهب الحنفية :

ذهب الحنفية الى جواز التيمم بكل ماكان من جنس الارض على الراجح فى المذهب وكل ماكان بحيث اذا حرق لاينطبع أو يلين ولايترمد أى لا يصير رمادا فهو من أجزاء الارض بشرط الطهارة (٦) .

---

(١) يراجع المحلى حـ ١٠ ص ٣٧٨ الى ٤٧١ .
(٢) شرح الازهار حـ ٤ ص ٤٥٤ .
(٣) حـ ٢ ص ٣٧٠ ، ٣٧٥ .
(٤) النيل وشرحه حـ ٨ ص ٤٩ ، ٥٠ .
(٥) مختار الصحاح ص٢٥٤٢٤ الطبعة الرابعة الاميرية سنة ١٣٣٤ هـ .
(٦) فتح القدير وبهامشه العناية حـ ١ ص ٨٨ الطبعة الأولى الاميرية سنة ١٣٤٥ هـ .

مذهب المالكية :

ذهب المالكية الى لزوم استعمال صعيد طاهر وهو ما صعد وظهر على وجه الأرض من أجزائها[١] .

مذهب الشافعية والحنابلة :

لا يجوز التيمم الا بتراب ذى غبار يعلق باليد وقيده الحنابلة بكونه مباحا غير محترق [٢] .

مذهب الظاهرية والامامية :

لا يجوز التيمم الا بالأرض وبكل ما يطلق عليه اسمها وتنقسم الى تراب وغير تراب [٣] .

مذهب الزيدية :

لا يجوز التيمم الا بتراب طاهر مباح منبت على الراجح فى المذهب يعلق باليد [٤]

مذهب الاباضية :

يجوز التيمم بتراب نقى نظيف طاهر منبت اجماعا على الأصح عندهم [٥] وذلك كله على تفصيل وشروط موضع بيانها مصطلح « تيمم » .

تطهير الأرض النجسة

اتفقت المذاهب الثمانية على أن الأرض اذا أصابتها نجاسة كبول أو خمر فانها تطهر بالمكاثرة وهو أن يصب عليها ماء يغمرها حتى يزول أثرها من لون أو ريح ما لم يصعب وكذلك اذا أصابها ماء المطر أو السيول فغمرها وجرى عليها فانه بمنزلة الصب يطهرها لعدم اشتراط النية فاستوى ما كان بفعل الآدمي أو غيره وفى كيفية تطهيرها تفصيل فى المذاهب .

مذهب الحنفية :

يرى الحنفية أن الأرض اذا أصابتها نجاسة رطبة فان كانت رخوة يصب عليها الماء حتى تتشربه فاذا لم يبق على وجهها شىء من النجاسة وتشربتها الارض مع المياه يحكم بطهارتها اذا غلب على ظنه واجتهاده أنها طهرت ويتحقق ذلك بصب الماء عليها ثلاث مرات فى ظاهر الرواية مع التشرب فى كل مرة ويقوم هذا التشرب مقام العصر فيما يمكن عصره وان كانت الارض صلبة فان كانت صعودا يحفر فى أسفلها حفيرة يصب عليها الماء ثلاث مرات ويزال عنها الى الحفيرة ثم تكبس الحفيرة بتراب يلقيه عليها ، وان كانت مستوية بحيث لا يزول الماء عنها لا تغسل لعدم الفائدة فى الغسل لكن ينبغى أن يقلب فيجعل أعلاها أسفلها وأسفلها أعلاها ليصير التراب الطاهر وجه الارض هكذا روى أن اعرابيا بال فى المسجد فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يحفر موضع بوله ويلقى عليه ذنوب من الماء ولو كبسها بتراب

---

(١) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير حـ ١ ص ١٥٥ ، ص ١٥٦ الطبعة الاولى سنة ١٣٢٣ المطبعة الخيرية .

(٢) قليوبى وعميره جـ ١ ص ٨٦ ، ٨٧ طبع دار احياء الكتب ، المغنى حـ ١ ص ٢٥٢ الى ص ٢٥٥ طبع المنار سنة ١٣٤٢ .

(٣) المحلى حـ ٢ ص ١٥٨ الى ص ١٦٠ ، جواهر الكلام حـ ١ ص ١١٨ الى ص ١٥٣ .

(٤) البحر الزخار حـ ١ ص ١١٨ ، ص ١١٩ الطبعة الاولى سنة ١٣٦٦ هـ .

(٥) شرح النيل وشفاء العليل جـ ١ ص ٢٣٤ الى ص ١٣٨ .

ألقاه عليها ان لم توجد رائحة النجاسة جازت الصلاة على ذلك التراب والا فلا (١)

مذهب المالكية :

أما المالكية فيقولون يطهر محل النجس بلا نية بغسله فالنية ليست بشرط فى طهارة الخبث وذلك ان عرف محله والمراد بالمعرفة ما يشمل الظن وان لم يعرف بأن شك فى محلين — أى استوى لديه الاحتمالان — فلا يطهر الا بغسل جميع ما شك فيه ويتحقق ذلك بأن يصب عليها ما يغمرها ويستهلك البول فيها بذهاب رائحته ولونه وليس الذنوب تقديرا وانما هو بحسب غلبة الماء على النجاسة واستهلاكها فيه (٢) .

مذهب الشافعية :

أما الشافعية فيقولون يكفى فى أرض تنجست أن يصب عليها ماء يعمها ولو مرة ولو كانت الارض صلبة أو لم يقلع ترابها وظاهر أن الارض اذا لم تتشرب ما تنجست به لابد من ازالة عينه قبل صب الماء عليها كما لو كانت فى اناء فان تنجست بجامد بأن كان رطبا فلا بد من رفعه وغسل المحل بالماء أما اذا كان بلا رطوبة فيكفى رفع عينه (٣) .

مذهب الحنابلة :

أما الحنابلة فيقولون الارض المتنجسة بمائع أو ذات جرم أذيل عنها ذلك الجرم تطهر بمكاثرة الماء عليها ولو بغير عدد ولو ماء مطر لعدم اشتراط النيه فاذا ما زال وصفها من لون أو ريح ولو لم ينفصل الماء طهرت الا اذا شق زوال اللون أو الرائحة فيسقط عنه قياسا على الثوب فان كانت النجاسة متفرقة كالدم اذا جف والروث لم تطهر بالغسل بل بازالة أجزاء المكان ولو وقع بول على الارض فبادر شخص الى ازالة التراب الذى عليه أثر هذا البول طهرت الارض التى تحته لان النجس كان رطبا وقد زال وان جف البول وأزال التراب الذى عليه أثره لا تطهر الارض لان الاثر انما يبقى على ظاهر الارض الا أن يتيقن بأن ما أزاله هو الذى كانت فيه النجاسة (٤) .

مذهب الظاهرية والامامية : (٥)

ذهب الظاهرية والامامية الى أن العبرة فى طهارة الارض المتنجسة أن يصب عليها الماء صبا يزيل أثره فقط ويقول الامامية اذا كانت الأرض صلبة أو مفروشة بالآجر فانها تطهر بالماء القليل اذا جرى عليها ، لكن مجمع الغسالة يبقى نجسا ولو أريد تطهير بيت أو سكة فان أمكن اخراج ماء الغسالة بأن كان هناك طريق لخروجه فيتبع ذلك والا تحفر حفرة ليجتمع فيها ثم يجعل فيها الطين الطاهر وان كانت رخوة بحيث لا يمكن اجراء الماء عليها فلا يطهر الا بالقاء قدر كبير من الماء

---

(١) فتح القدير حـ ١ ص ١٣٨
(٢) حاشية الدسوقى حـ ١ ص ٨٢ .
(٣) اسنى المطالب حـ ١ ص ٢٠ .
(٤) المغنى حـ ١ ص ٧٤١ الى ٧٤٤ .
(٥) المحلى حـ ١ ص ١٠٤ ، ١٠٥ . الروضة البهية حـ ١ ص ٢١ ، ٢٢ .

عليهـا يكفى لازالة أثر النجـاسة أو نزول المطـر أو جفافهـا بالشمس نعم اذا كانت رملا يمكن تطهير ظاهرها بصب المـاء عليهـا ورسـوبه فى الرمـلفيبقى الباطن نجسـا بماء الغسـالة ويكفى فى طهـارة أعماقه ان وصلت النجاسة اليها نفوذ المـاء الظـاهر فيـه . ولا يعتبر انفصـال الغسـالة فى الماء الكثير .

مذهب الزيدية : [١]

ذهب الزيدية الى أن الارض الرخوة اذا أصابتها عينالنجاسة كالبول فيها تطهر بالمكاثرة وهو غمر المتنجس فيها بالماء المزيل لاوصافها وان لم ينضب المـاء فى الاصح أى يغور وكذا الصلبـة اذا لم يتغير بها ويترتب على ذلك أنه لو صب ماء على أرض صلبـة متنجسـة وحولهـا أرض رخوة فتشرب المـاء طهـرت

مذهب الاباضية : [٢]

استدل الاباضية على طهارة بعض الاوانى بالماء بأمر النبى صلى الله عليـه وسـلم بصب ذنوب ماء على بول الاعـرابى فى المسـجد ، والاسـتدلال به يدل على أنهم يرون أن الأرض تطهـر بصب المـاء عليها بنـاء على هـذا الحديث .

طهارة الارض بغير المـاء

مذهب الحنفيـة :

ذهب الحنفية الى أنه اذا أصابت الأرض نجاسة فجفت بالشمس أو بالريـح وذهب أثرها جازت الصـلاة على مكانهـا دون

(١) شرح الازهار حـ ١ ص ٤٨ ، ٤٩ .
(٢) شرح النيل وشفاء العليل جـ ١ ص ٢٨٥ والايضاح حـ ١ ص ٣٠٠ .

التيمم منهـا على الراجح فى المذهب [٣] .

ووافقهـم الاباضـية فى ذلك ، وقالوا وتطهـر الارض بمضى الزمـان وبالريـح والشمس ويكفى واحد لكن اجتماعها أسرع تطهـيرا ولا يتصـور بالريـح بلا زمان . وقالوا ان النار تزيل النجس وهو أقوى من الشمس والريـح فى ازالة عين النجاسـة مما يتحملهـا كالارض وكيفية ذلك أن تحمى عليهـا النـار حتى لا تطيقه اليـد سـواء جعلت النـار على الموضع النجس أو تحته أو جنبـه لا يكون للنجاسـة أثر وكل ما يذهب النجس بأن يتـلاشى فيـه ويزول يطهـر بالزمان عنـدهم[٤] . ووافقهـم الامامية أيضـا فى التطهـير بالشمس اذا جففتهـا باشراقهـا عليـه بولا كان النجس أو غيره فيجوز التيمم والصـلاة عليـه ، ولا يكفى عنـدهم تجفيف الحـرارة لانهـا لا تسمى شمسـا ولا الهواء المنفـرد بطـريق أولى نعم لا يضر انضمامه اليهـا ويكفى فى طهارة البـاطن اشراق الشمس على الظاهـر مـع جفـاف الجميـع [٥] .

أما المـالكية والشـافعية والحنـابلة :

فيقولون بعـدم جواز التطهير بغير المـاء [٦]

مذهب الزيدية :

وذهب الزيدية الى أن الأرض الرخوة تطهر بالنضوب أى نضوب المـاء الذى يصب عليها

(٣) فتح القدير حـ ١ ص ١٣٨ .
(٤) شرح النيل جـ ١ ص ٢٧١ ، جـ ٢٧٩ الى ص ٢٨٥ .
(٥) الروضة البهية جـ ١ ص ٢١ ا ٢٢ .
(٦) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير حـ ١ ص ٨٢ وأسنى المطالب حـ ١ ص ٢٠ والمغني جـ ١ ص ٧٤١ الي ٧٤٤ .

ان زالت به عين النجاسة ، أما الأرض الصلبة فلا تطهر بالجفاف عندهم وانما لابد أن يسيح الماء عليها وقال بعضهم لابد من الدلك مع هذا(١) .

حكم ما يوجد فى باطن الأرض من معادن وكنوز

مما يوجد فى باطن الارض المعادن والكنوز ، والمعدن ما وجد فى باطن الارض بحسب الطبيعة كالذهب والحديد والنحاس ونحوها ، أما الكنوز مما يدفن فى الارض بفعل الانسان ، وحكم تملكها وما يجب فيها لبيت المال يرجع فيه الى مصطلح ، « معدن وكنز » .

أرض العشر وأرض الخراج

مذهب الحنفية :

قال أبو يوسف فى كتاب الخراج : كل أرض أسلم أهلها عليها وهى من أرض العرب أو أرض العجم فهى لهم وهى أرض عشر بمنزلة المدينة حين أسلم عليها أهلها وبمنزلة اليمن وكذلك كل مالا يقبل منه الجزية ولا يقبل منه الا الاسلام أو القتل من عبدة الأوثان من العرب فأرضهم أرض عشر وان ظهر عليها الامام لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قد ظهر على أرض من أرض العرب وتركها فهى أرض عشر حتى الساعة ، وأيما دار — أى اقليم — من دور الاعاجم ظهر عليها الامام وتركها فى أيدى أهلها فهى أرض خراج وان قسمها بين الذين غنموها فهى أرض عشر ألا ترى أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه ظهر على أرض الأعاجم وتركها فى أيديهم فهى أرض خراج وكل أرض من أراضى الأعاجم صالح عليها أهلها وصاروا ذمة فهى أرض خراج (٢) ، وفى الجامع الصغير : كل أرض فتحت عنوة فوصل اليها ماء الأنهار فهى أرض خراج ومالم يصل اليها ماء الأنهار واستخرج منها عين فهى أرض عشر لأن العشر يتعلق بالارض النامية ونماؤها بمائها فيعتبر السقى بماء العشر أو بماء الخراج ، ومن أحيا أرضا مواتا فهى عند أبى يوسف معتبرة بحيزها فان كانت من حيز أرض الخراج فهى خراجية وان كانت من حيز أرض العشر فهى عشرية ، وقال محمد : ان أحياها ببئر حفرها أو بعين استخرجها أو ماء دجلة أو الفرات أو الأنهار العظام التى لا يملكها أحد فهى عشرية وكذا اذا أحياها بماء السماء وان أحياها بماء الأنهار التى احتفرها الأعاجم فهى خراجية كما ذكرنا من اعتبار الماء اذ هو السبب للنماء (٣) .

---

(١) شرح الازهار جـ ١ ص ٤٨ ، ٤٩ .

(٢) كتاب الخراج لأبى يوسف ص ٣٩ فصل حد أرض العشر من أرض الخراج الطبعة الأولى بالمطبعة الميرية بمصر سنة ١٣٠٢ هـ .

(٣) الهداية جـ ٤ ص ٣٥٨ الى ص ٣٦٠ على هامش فتح القدير بالمطبعة الأميرية سنة ١٣٦٠ هـ

مذهب المالكية :

قال فى الشرح الصغير للدردير (١) : ووقفت الارض غير الموات من أرض الزراعة والدور بمجرد الاستيلاء عليها ولا يحتاج وقفها لصيغة من الامام ولا لتطييب أنفس المجاهدين بشىء من المال ولا يؤخذ للدور كراء بخلاف أرض الزراعة وفائدة وقف الدور أنها لا تباع ولا يتصرف فيها تصرف الملاك وهذا ما دامت باقية بأبنيتها التى فتحت عليها فان تهدمت وجدد فيها بناء جاز بيعها وهبتها والأخذ بالشفعة كما هو الآن بمصر ومكة وغيرها وأما الموات فلا كلام لأحد عليها ، ومن أحيا منها شيئا فهو له ملكا كأرض مصر والشام والعراق من كل ما فتحت عنوة والواجب فى هذه الأرض الخراج لأنها خراجية وغير الخراجية — أى العشرية — هى أرض الصلح التى أسلم أهلها بغير قتال وأرض الموات كأرض الجبال والبرارى مثلا وهى : كل أرض لا اختصاص لأحد عليها (٢) ، قال القرافى : الخراج نوعان ، ما وضعه عمر رضى الله عنه على أرض العراق لما فتحها عنوة وقسمها بين المسلمين ثم رأى أن ينزلوا عنها لئلا يشتغلوا بالجهاد فتخرب أو تلهى عن الجهاد ، فنزل عنها بعضهم بعوض وبعضهم بغير عوض وضرب الخراج عليها ووقفها على المسلمين ، والنوع الثانى ما يصالح به الكفار على أراضيهم فتكون كالجزية يسقط باسلامهم بخلاف الأول وكذلك الحكم فى أرض العنوة كلها أنها توقف على المسلمين وتترك بيد أهلها ليعملوا فيها فاذا أسلموا لم يسقط الخراج لأنه أجرة والارض للمسلمين (٣) انظر عشر وخراج •

مذهب الشافعية :

قال فى كتاب الأنوار لعمل الأبرار : يجب العشر مع الخراج فى الخراجية وهى أن يفتح الامام بلدة عنوة ويقسمها بين الغانمين ثم يعوضهم عنها ويقفها على المسلمين ويضرب عليها خراجا كما فعله عمر رضى الله عنه بسواد العراق أو يفتح بلدة صلحا على أن تكون الأرض لنا ويسكنها الكفار بخراج معلوم فالأرض فيىء والخراج أجرة (٤) انظر عشر وخراج •

مذهب الحنابلة :

قال فى كشاف القناع : الأرض على ثلاثة أضرب للاستقراء أحدها ما فتح

---

(١) جـ ١ ص ١٦١ وما بعدها شرح بلغة السالك مطبعة مصطفى البابى الحلبى .

(٢) بلغة السالك على الشرح الصغير جـ ١ ص ٢١٣ •

(٣) مواهب الجليل على الحطاب جـ ٢ ص ٢٧٨ الطبعة الأولى مطبعة السعادة سنة ١٣٢٨ هـ .

(٤) الانوار لعمل الأبرار جـ ١ ص ١٢٨ ، ١٣٩ المطبعة الميمنية ص ١٣١٠ •

عنوة أى قهرا أو غلبة وهو شرعا ما أجلى عنها أهلها بالسيف فيخير الامام تخيير مصلحة فيلزمه أن يفعل ما يراه الامام أصلح لأنه نائب للمسلمين فلا يفعل الا ما فيه صلاحهم بين قسمتها على الغانمين كمنقول لأنه صلى الله عليه وسلم قسم نصف خيبر بين الغانمين ووقف نصفها لنوائبه وحوائجه — رواه أبو داود من حديث سهل بن أبى خثعمة فتملك الأرض التى فتحت عنوة وقسمت بين الغانمين بقسمها ولا خراج عليها لأنها ملك الغانمين ، ولا خراج أيضا على ما أسلم أهله عليه كالمدينة أو صولح أهله على أن الأرض لهم كأرض اليمن والحيرة وبانقيا أو أحياه المسلمون كأرض البصرة فكل ذلك لاخراج عليه لأنها أرض عشرية •

وبين وقفها للمسلمين بلفظ يحصل به الوقف كما وقف عمر الشام ومصر والعراق وسائر ما فتحه وأقره الصحابة على ذلك ، ويضرب عليها الامام بعد وقفها خراجا مستمرا يؤخذ ممن هى فى يده من مسلم ومعاهد يكون أجرة لها لأنها تكون أرضا خراجية •

الضرب الثانى : ماجلا عنها أهلها خوفا وفزعا وظهرنا عليها فتصير وقفا بنفس الظهور عليها قال فى الانصاف : هذا المذهب وعليه الأصحاب لأنها ليست غنيمة فتقسم فيكون حكمها حكم الفىء أى للمسلمين كلهم فلا تكون خراجية •

الضرب الثالث : مما صولحوا عليه من الارض وهو ضربان : أحدهما ، أن يصالحهم الامام أو نائبه على أن الارض لنا ونقرها معهم بالخراج فهذه الارض تصير وقفا بنفس ملكنا لها كالتى قبلها ويكون خراجها أجرة لها لا تسقط باسلامهم ويؤخذ الخراج منهم وممن انتقلت اليه من مسلم. ومعاهد كسائر الاجر ، وما كان فى أرض الخراج من شجر وقت الوقف فثمره المستقبل لمن تقر بيده الأرض ، فيه عشر الزكاة ، قال فى الانصاف : هذا الصحيح من المذهب ، والضرب الثانى مما صولحوا عليه : أن يصالحهم الامام أو نائبه على أن الأرض لهم ولنا الخراج عنها فهو صلح صحيح لا مفسدة فيه فهذه ملك لأربابها وتصير دار عهد خراجها كالجزية التى تؤخذ على رءوسهم ما دامت بأيديهم ، ان أسلموا سقط عنهم لان الخراج الذى ضرب عليها انما كان لأجل كفرهم فيسقط باسلامهم كالجزية وتبقى الارض ملكا لهم بغير خراج يتصرفون فيها كيف شاءوا كما لو انتقلت هذه الارض الى مسلم فانه لا خراج عليه ، ولا يسقط خراجها ان انتقلت الى ذمى من غير أهل الصلح لأنه بالشراء رضى بدخوله فيما دخل عليه البائع فكأنه التزمه [1] •

---

(١) كشاف القناع جـ ١ من ص ٦٨٦ الى ص ٦٩١ طبع مطبعة أنصار السنة المحمدية سنة ١٣٦٦ هـ •

مذهب الزيدية :

جاء فى شرح الازهار (١) : الخراج ما ضرب على أرض من أراضى الكفار التى فتحها المسلمون وتركت فى يد أهلها على أن يؤدوا ما ضرب عليهم فيها من الخراج وذلك كأراضى سواد الكوفة ومصر والشام وخراسان ، فان المسلمين افتتحوها ولم يقسموها بل تركوها فى أيدى أهلها على خراج ، وكل أرض أسلم أهلها طوعا أو أحياها مسلم فعشرية أى الواجب فيها الزكاة ، عشر أو نصف عشر ، ولا خراج عليها (٢) .

قسمة الأرض وما يشترط لتحققها

مذهب الحنفيـة :

يرى الحنفية أنه اذا أراد شركاء قسمة أرض بينهم فأن أقروا بالملك مطلقا عن سبب الانتقال قسم باقرارهم ويذكر القاضى فى محضره أنا قسمه باقرارهم ولم يقض على أحد منهم ؛ وان اقروا بالملك بسبب الميراث فلا يقسم عند أبى حنيفة حتى يقيموا البينة على موت المورث وعلى عدد الورثة وعند الصاحبين يقسم بينهم باقرارهم (٣) .

ويرى الحنفية أيضا انه اذا كانت أقرحة (٤) متعددة متفرقة مشتركة قسم كل قراح على حدته على الرأى الراجح فى المذهب لأن العبرة للمعنى وهو المقصود ويختلف ذلك باختلاف البلدان والمحال والجيران والقرب الى الماء اختلافا فاحشا فاذا لم تختلف اختلافا فاحشا جاز قسمتها على الوجه الذى يراه القسام عادلا . واذا كانت الارض بناء قسمت بطريق الرد على الرأى الراجح وهو أن يرد على شريكه بمقابلة البناء ما يساويه من العرصة واذا بقى فضل ولم يمكن تحقيق التسوية بأن كان لا تفى العرصة بقيمة البناء فحينئذ يرد للفضل دراهم لان الضرورة فى هذا القدر فلا يترك الاصل الا بها فان قسم ولاحدهم مسيل فى نصيب الآخر أو طريق لم يشترطه فى القسمة فان أمكن صرف الطريق والمسيل عنه ليس له حق المرور فى طريق الآخر لأنه أمكن تحقيق معنى القسمة من غير ضرر بأن لا يبقى لكل واحد منهما تعلق بنصيب الآخر بصرف الطريق والمسيل الى غيره فلا تدخل فيه الحقوق وان شرطت وان لم يمكن فسخت القسمة (٥) .

وهناك تفصيل موضعه فى مصطلح (قسمة) .

مذهب المالكية :

يرى المالكية أن قسمة العقار بالقيمة لابالمساحة ان اختلفت أجزاء المقسوم فان اتفقت

(١) جـ ١ ص ٥٧١ .
(٢) المرجع السابق جـ ١ ص ٥٨٠ و ص ٥٨١ .
(٣) البدائع جـ ٧ ص ٢٣ وما بعدها .
(٤) القراح المزرعة التى ليس فيها بناء ولا شجر والجمع أقرحة المصباح المنير جـ ٢ ص ٦٧ .

(٥) فتح القدير وبهامشه العناية جـ ٨ ص ١٣ ، ١٧ .

لم يحتج لتقويم بل يقسم مساحة وأفرد فى قسمة القرعة كل نوع على حدته بمعنى انه لا يضم لغيره فى القسم فلا يجمع بين نوعين ولا بين صنفين متباعدين بل كل نوع على حده(١) .

مذهب الشافعية :

ذهب الشافعية الى أن الأرض ان كانت مشتبهة الاجزاء أى متساوية فى القوة والضعف وليس فيها نحو زرع فتقسم وحدها ولو اجبارا فان كان فيها زرع لم تصح قسمته وحده ولا قسمتهما معا الا أن يكون فسيلا لم يبد صلاحه فتجوز قسمته معها بالتراضى وتقسم بالاجزاء فيجبر الممتنع عليها اذ لا ضرر عليه فيها واذا كانت الأرض تختلف قيمة اجزائها بحسب قوة الانبات وقرب الماء تعدل السهام بالقيمة .

واذا كانت بينهما أرض مختلفة الاجزاء بعضها عامر وبعضها خراب أو بعضها قوى والآخر ضعيف أو بعضها شجر وبناء وبعضها يباب أو بعضها يسقى بالسيح وبعضها بالناضح (البعير يستقى عليه) روعيت التسوية بين الأنصباء بقدر الأمكان اما بقسمة كل جزء على حدة وأما بمراعاة القيمة (٢) على تفصيل فى ذلك .

(١) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ ٣ من ص ٤٤٠ الى ص ٤٤٢ .

(٢) قليوبى وعميرة جـ ٤ ص ٣١٥ الى ص ٣١٧ والمهذب للشيرازى جـ ٢ من ص ٣٢٥ الى ص ٣٣١ طبع دار الكتب العربية .

مذهب الحنابلة :

وقد وافق الحنابلة الشافعية فيما اذا كان فى أحد جوانب الأرض بئر وفى الآخر شجرة حيث تعدل بالقيمة ويرد لمن كان نصيبه لا يعادل الآخر ما يقع به التعادل (٣) .

مذهب الظاهرية :

يرى الظاهرية قسمة كل شىء سواء كان أرضا أو دارا صغيرة أو كبيرة أو حماما (٤) على تفصيل عندهم .

مذهب الزيدية :

جعل الزيدية من شروط القسمة تقويم المختلف كالقيميات من الأراضى فلا يصح قسمتها بزارعة بل لابد من التقويم الا مع التراضى وتقدير المستوى بالزرع فان فعلوا من دون ذلك لم يصح على تفصل فى ذلك (٥) كما جعلوا استيفاء المرافق على وجه لا يضر أى الشريكين حسب الامكان .

مذهب الاباضية :

اذا كانت الأصول فى محل واحد جازت قسمتها اتفاقا ان انقسمت على أقل الأجزاء انقساما معتبرا بأن يكون صاحب الجزء الأقل ينتفع بجزئه فيما اعتبر من الانتفاع فى ذلك المشترك وان لم يكن فى محل واحد أو لم يتساووا فى الانتفاع أو كان صاحب

(٣) المغنى جـ ١١ ص ٥٠١ و ص ٥٠٢ طبعة المنار سنة ١٣٤٨ هـ .

(٤) المحلى جـ ٨ ص ١٣٠ ، ١٣٣ المطبعة المنيرية طبعة أولى سنة ١٣٥٠ هـ .

(٥) شرح الازهار جـ ٣ من ص ٣٨١ الى ص ٣٨٤ طبعة حجازى سنة ١٣٥٧ هـ .

الأصل لا ينتفع فقد اختلفت فيها الآراء [١] .

تملك الارض

تملك الارض بالتصرفات الناقلة للملكية وبالبوراثة وبالشفعة والاحياء والاقطاع على تفصيل وشروط فى المذاهب .

الارض الموات

الارض الموات هى الأرض التى لا مالك لها من الآدميين ولا ينتفع بها وفى طريقة احيائها وتملكها والانتفاع بها تفصيل موضعه مصطلح احياء .

التصرف فى الأرض وما يتبعها فيه

مذهب الحنفية :

جاء فى الهداية : ومن باع أرضا دخل ما فيها من النخل والشجر وان لم يسمه لأنه متصل بها للقرار فأشبه البناء ولايدخل الزرع فى بيع الارض الا بالتسمية لانه متصل بها للانفصال والجذاذ فشابه المتاع الذى فيها [٢] ، وجاء فى فتح القدير : ولا يدخل الشرب والطريق فى بيع الأرض والدار الا بذكر الحقوق وكذا فى الاقرار والصلح والوصية وغيرها ويدخلان فى الاجارة والرهن والوقف والقسمة لأنها تعقد للانتفاع ولاانتفاع بدونهما بخلاف البيع فانه يعقد لملك الرقبة فقد يراد به الانتفاع بالتجارة [٣] وقال فى شرح العناية على الهداية [٤] مسائل هذا الباب مبنية على قاعدتين: احداهما أن كل ما هو متناول اسم المبيع عرفا دخل فى البيع وان لم يذكر صريحا ، والثانية أن ما كان متصلا بالمبيع اتصال قرار كان تابعا له فى الدخول — انظر بيع .

ما يتبع الارض اذا وقفت

جاء فى فتح القدير [٥] : ويجوز وقف العقار وهو الارض مبنية كانت أو غير مبنية ويدخل البناء فى وقف الارض تبعا فيكون وقفا معها وفى دخول الشجر روايتان، وقال أبو يوسف : اذا وقف ضيعة ببقرها وأكرتها وهم عبيده جاز (والأكرة الحراثون) وكذا آلات الحراثة اذا كانت تبعا للارض تجوز لأنها تبع للارض فى تحصيل ما هو المقصود منها وقد ثبت من الحكم تبعا مالا يثبت مقصودا كبيع الشرب والطريق لا يجوز مقصودا ويجوز تبعا ومحمد مع أبى يوسف فيه لأنه لما جاز أفراد بعض المنقول بالوقف عنده فتجويزه تبعا للعقار أولى .

وذكر فى أحكام الوقف لهلال : اذا وقف أرضا وفيها ثمرة قائمة أو

---

(١) شرح النيل جـ ٥ ص ٣٥٧ وما بعدها .

(٢) الهداية مع فتح القدير جـ ٥ ص ٩٨ و ص ٩٩ طبعة أولي المطبعة الأميرية سنة ١٣١٦ هـ .

(٣) المرجع السابق جـ ٥ ص ٩٨ الطبعة السابقة .

(٤) جـ ٥ ص ٩٧ من فتح القدير .

(٥) المرجع السابق جـ ٥ ص ٤٨ و ص ٤٩ الطبعة السابقة .

غلة فهى للواقف دون الفقراء لأن الغلة القائمة لا تدخل تبعا للاصل ويدخل فيه النخل القائم والشجر وكل ما يدخل فى البيع يدخل فى الوقف ولو كان فيها نقض منقوض أو نخل فهو للورثة ان كان الوقف بعد وفاة الواقف ولو وقف أرضا ولها حصة فى نهر أو شرب أو طريق أو مغيض فالقياس عندنا أن يكون الوقف على ما أطاقت الحدود خاصة دون ما سوى ذلك واستحسن هلال جعل ما كان لها من حق موقوفا مثلها ، ولا يدخل الشيء المنقوض والنخل المضروب والثمرة القائمة وقت العقد[1] على تفصيل موضعه مصطلح وقف .

ما يتبع الأرض اذا أجرت

جاء فى بدائع الصنائع : ولو استأجر الأرض مع الشرب جاز تبعا كما فى البيع ولو استأجر أرضا ولم يذكر الشرب والمسيل أصلا فالقياس أن لا يكون الشرب والمسيل كما فى البيع وفى الاستحسان كان له ويدخلان تحت اجارة الأرض من غير تسمية نصا لوجودها دلالة لأن الاجارة تمليك المنفعة بعوض ولا يمكن الانتفاع بالأرض بدون الشرب فيصير الشرب مذكورا بذكر الأرض دلالة بخلاف البيع لأن البيع تمليك العين والعين تحتمل الملك بدونه[2] ، انظر مصطلح « اجارة » .

مذهب المالكية :

قال فى الشرح الصغير للدردير : ويتناول العقد على الأرض البناء والشجر من بيع أو رهن وكذا الهبة والصدقة والوقف فمن اشترى أرضا وفيها بناء أو شجر لم يذكر حين شراء أرضها دخلا فى بيع الأرض الا لشرط أو عرف يقضى بخلاف ذلك فيعمل به وتناولت الأرض اذا بيعت أو رهنت البذر الذى لم ينبت فيدخل فى بيعها ولا يتناول بيع الأرض الزرع الظاهر عليها بل هو لبائعهم الا لشرط أو عرف ولا تتناول الأرض مدفونا بها من رخام وعمد وحلى ونقد وغير ذلك بل هو لمالكه بلا خلاف[3] وقال فى حاشية الدسوقى : من اكترى أرضا أو دارا فيها شجر مثمر لم يبد صلاحه يجوز لذلك المكترى اشتراط دخول الشجر فى عقد الكراء ان كان الكراء وجيبة وكان طيب الثمر فى مدة الاجارة وكانت قيمة الثمر الثلث فأقل بالتقويم وأن يكون اشتراط دخولها لاجل دفع الضرر فان تخلف شرط من هذه الأربعة فلا يجوز اشتراط دخوله فى عقد الكراء فان اشترط دخوله فسد العقد أما لو كان قد بدا صلاحه وقت العقد جاز

---

(١) أحكام الوقف لهلال من ص ٢٨٦ الى ص ٢٨٩ الطبعة الأولى مطبعة دار المعارف العثمانية بحيدر أباد سنة ١٣٥٥ هـ .

(٢) بدائع الصنائع للكاسانى جـ ٦ ص ١٩٠ الطبعة الأولى سنة ١٣٢٨ هـ باب الشرب .

(٣) الشرح الصغير للدردير جـ ٣ ص ٧٦ ، ص ٧٧ .

اشتراط دخوله مطلقا ولو كانت قيمته أكثر من الثلث لأنه بيع واجارة لكونه مستقلا — وأما الزرع فلا يجوز ادخاله الا اذا نقص عن الثلث مع بقية الشروط لا ان قيمته ثلثا فقد شددوا فى اشتراط دخوله فى عقد الاجارة كما شددوا فى مساقاته حيث اعتبروا فيها شروطا لم تعتبر فى مساقاة الاصل فان أكريت مشاهرة لم يجز ادخال شىء لا من الثمر ولا من الزرع (١) .

مذهب الشافعية :

جاء فى أسنى المطالب : اللفظ المتناول غيره فى عقد البيع ستة : الأول الأرض ومثلها البقعة والساحة والعرصة فان باعها أو رهنها بما فيها من أشجار وأبنية دخلت فى العقد ولو بقوله بعتك أو رهنتك الأرض بما فيها أو عليها أو بها أو بحقوقها وان استثناها كبعتك أو رهنتك الأرض دون ما فيها لم تدخل فى العقد وان أطلق كبعتك أو رهنتك الأرض دخلت فى البيع **لأنها للثبات والدوام فى الارض فأشبهت جزأها فتبعتها كما فى الشفعة ويؤخذ منه تقييد الأشجار بالرطبة فتخرج اليابسة وقد صرح به ابن الرفعة والسبكى** كسقفها يقسم ان عرش عليها عريش لعنب ونحوه أو جعل دعامة لجدار أو غيره صارت كالوتد فتدخل فى البيع لا فى الرهن لأن البيع قوى ينقل الملك فيستتبع بخلاف الرهن ومن ثم كان الوقف والهبة كالبيع كما اقتضاه كلام الرافعى وفى معنى ذلك الصدقة والوصية ونحوهما — ولا يدخل فى بيع الأرض مسيل الماء وشربها بكسر الشين أى نصيبها من القناة والنهر المملوكين حتى يشترطه كأن يقول بحقوقها والمراد الخارج من ذلك عن الأرض أما الداخل فيها فلا ريب فى دخوله نبه عليه السبكى بخلاف ما لو اكتراها لزرع أو غراس فان ذلك يدخل (٢) ، وما يتكرر ثمره فى سنتين فأكثر كالقطن الحجازى والنرجس أو يجذمرارا كالكرات والنعناع والقصب الفارسى والقت فالأصول فيه كالشجر فتدخل فى بيع الأرض والثمرة الظاهرة للبائع فلا تدخل بخلاف الكامنة لكونها كجزء من الشجر فدخلت معها فى بيع الأرض وكذا الجذة الموجودة عند بيع الأرض المشتملة على ما يجز مرارا للبائع بخلاف غير الموجودة(٣) ، **والبذر الكامن فى الأرض يدخل فى بيعها ما يدوم وتدخل الحجارة المخلوقة والمثبتة فى الأرض فى بيعها (٤) .**

قال فى تيسير الوقوف على غوامض أحكام الوقوف (٥) : من وقف بستانا

(١) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٤ ص ٢١ طبع دار احياء الكتب العربية عيسى البابى الحلبى .

(٢) أسنى المطالب ج ٢ ص ٩٥ باب بيع الأصول والثمار الطبعة الميمنية سنة ١٣١٣ هـ .

(٣) المرجع السابق ج ٢ ص ٩٦ الطبعة السابقة

(٤) المرجع السابق ج ٢ ص ٩٧ ، ٩٨ الطبعة السابقة .

(٥) ورقة رقم ٢٥ نسخة بقلم معتاد رقم خصوصى ٧٠٩ مكتبة الأزهر .

بحقوقه دخل شجره وكل متصل به كالبيع الا الثمار فان وقفها غير جائز وهذا اذا كان مؤبرا ويؤخذ منه قوله كالبيع أن المراد بالشجر الرطب المغروس كما تقدم فى البيع ، أما اليابس أو المقلوع فلا يدخل لأنه لا يراد الدوام كما صرحوا به ، ولو وقفه ولم يقل بحقوقه دخل فيه ما ذكر أيضا ، أو وقفه بدون حقوقه لم يدخل شىء من ذلك فالحاصل أن ما يدخل فى البيع يدخل فى الوقف ومالا فلا كما اقتضاه كلام الرافعى وصرح به غيره ، وفى البحر لا يدخل فى وقف البستان الرقيق والثيران وقال فى مغنى المحتاج : سئل السبكى عن رجل وقف أرضا بها أشجار موز والعادة أن شجر الموز لا يبقى أكثر من سنة فزالت الأشجار بعد أن نبتت من أصولها أشجار ثم أشجار على مر الزمان فأجاب بأن الأرض وما فيها من أصول الموز وفراخه وقف وما نبت بعد ذلك من الفراخ ينسحب عليه حكم الوقف ولا يحتاج الى انشاء وقف [1] .

وجاء فى أسنى المطالب [2] : لو استأجر أرضا للزراعة ولها شرب معلوم لم يدخل شربها فى العقد الا لشرط أو عرف مضطرد فان اضطرب العرف بأن كانت تكرى وحدها تارة ومع الشرب أخرى أو استثنى الشرب لم يصح لاضطراب العرف فى الأول وكما لو استثنى ممر الدار فى بيعها فى الثانى الا ان وجد شرب غيره فيصح مع الاضطراب ، والاستثناء لزوال المانع بالاغتناء عن شربها .

مذهب الحنابلة :

واذا باع أرضا أو بستانا أو رهن أرضا أو بستانا أو أقر بأرض أو بستان أو أوصى بأرض أو بستان أو أوقفه أو أصدقه فى نكاح دخل أرض وغراس وبناء ولو لم يقل بحقوقها لأنها من حقوق الأرض ويتبعان الارض من كل وجه لانهما يتخذان للبقاء وليس لانتهائها مدة معلومة بخلاف الزرع والثمرة وفى مسألة البستان لأنه اسم للارض والشجر والحائط بدليل أن الأرض المكشوفة لا تسمى به فان قال : بعتك هذه الأرض وثلث بنائها أو بعتك هذه الأرض وثلث غراسها ونحوه كالربع لم يدخل فى البيع من البناء والغراس الا الجزء المسمى ، وكذلك لو قال : بعتك نصف الأرض وربع الغراس لم يتناول البيع من غراس النصف سوى الجزء المسمى معه ويدخل ماء الأرض المتبقية تبعا لها بمعنى أن المشترى يصير أحق به كالبائع لا أنه يملكه اذ لا يملك الا بالحيازة ، وان كان فى الأرض المبيعة زرع يجز مرة بعد أخرى كالرطبة (بفتح الراء) القضة والبقول كالنعناع والشمر والكراث وسواء

(١) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٣٦٧ المكتبة الحجازية باسكندرية .

(٢) جـ ٢ ص ٤١٩ الطبعة السابقة .

كان الزرع المذكور مما يبقى فى الأرض سنة كالهنديا أو أكثر من سنة كالرطبة أو كان بالأرض زرع تتكرر ثمرته كالقثاء والباذنجان أو كان بالأرض ما يتكرر زهره كبنفسج ونرجس وورد وياسمين ونحوها، فالأصول من جميع ذلك للمشترى لأنه يراد للبقاء أشبه الشجر أوراقه وغصونه فهو كورق الشجر وأغصانه للمشترى لأنه من أجزائها ، والجزة واللقطة الظاهرتان والزهر الظاهر للبائع الا أن يشترطه المبتاع ، وان كان فيها زرع لا يحصد الا مرة نبت أولا كبر وشعير لم يدخل ان لم يشترطه مشتر ولو كان فى الأرض المبيعة بذر فان كان أصله يبقى فى الأرض كالنوى وبذر الرطبة فحكمه حكم الشجر علقت عروقه أولا اذا أريد به الدوام فى الأرض . وان لم يرد به الدوام بل النقل ويسمى الشتل اذ كان أصله لا يبقى فى الأرض فكزرع . ولو باع الأرض بما فيها من البذر صح البيع فيدخل البذر تبعا . ويتناول البيع ما كان فى الأرض من الحجارة المخلوقة أو كان مبنيا كأساسات الحيطان المنهدمة والآجر المتصل بالأرض وحكم الهبة والرهن والوقف والاقرار والوصية بدار حكم بيعها [1] ، وفى كشاف القناع يلزم المؤجر مع الاطلاق — أى اطلاق عقد الاجارة كل ما يتمكن به المستأجر من النفع مما جرت به عادة وعرف ويلزمه ازالة ثلج عن أرض مؤجرة ولو كان الثلج حادثا بعد الاجارة ليتمكن المستأجر من الانتفاع [2] وقال فى المحرر . على رب الأصل ما فيه حفظه كسد الحيطان وانشاء البحار والدولاب وما يديره من آلة ودابة [3] .

مذهب الظاهرية :

جاء فى المحلى : من اشترى أرضا فهى له بكل ما فيها من بناء قائم أو شجر نابت وكذلك كل من اشترى دارا فبناؤها كله له وكل ما كان مركبا فيها من باب أو درج أو غير ذلك وهذا اجماع متيقن . ومازال الناس يتبايعون الدور والأرضين من عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم هكذا لا يخل يوم من أن يقع فيه بيع دار أو أرض هكذا ولا يكون له ما كان موضوعا فيها غير مبنى كأبواب وسلم ودرج وآجر ورخام وخشب وغير ذلك . ولا يكون له الزرع الذى يقلع ولا ينبت بل هو لبائعه ، ومن ابتاع انقاضا أو شجرا دون الأرض فكل ذلك يقلع ولابد [4] ، ثم قال : الوقف جائز فى الدور والأرضين بما فيها من الغراس والبناء ان كان فيها لما روى نافع عن ابن عمر قال : أصاب عمر أرضا بخيبر

---

(١) كشاف القناع ج ٣ ص ٢٢٥ الى ص ٢٢٨ الطبعة السابقة باب بيع الاصول والثمار طبع مطبعة انصار السنة المحمدية سنة ١٣٦٦ هـ .

(٢) المرجع السابق ج ٤ ص ١٤ ، ١٥ الطبعة السابقة .

(٣) المحرر ج ١ ص ٣٥٥ طبع مطبعة انصار السنة المحمدية سنة ١٣٦٩ هـ .

(٤) المحلى ج ٩ ص ٨٢ .

فأتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : أصبت أرضا لم أصب قط مالا أنفس منه فكيف تأمرنى فقال : ان شئت حبست أصلها وتصدقت بها فتصدق بها عمر انه لا يباع أصلها ولا تورث فى الفقراء والقربى والرقاب وفى سبيل الله والضيف وابن السبيل لاجناح على من وليه أن يأكل منها بالمعروف أو يطعمه صديقا غير متمول فيه [1] ، ولا يجوز اجارة الأرض أصلا لا للحرث فيها ولا للغرس فيها ولا للبناء فيها ولا شىء من الأشياء أصلا لا لمدة مسماة قصيرة ولا طويلة ولا لغير مدة مسماة لا بدنانير ولا بدراهم ولا بشىء أصلا فمتى وقع فسخ أبدا ولا يجوز فى الأرض الا المزارعة بجزء مسمى مما يخرج منها أو المغارسة كذلك فقط فان كان فيها بناء قل أو كثر جاز استئجار ذلك البناء وتكون تبعا لذلك البناء غير داخلة فى الاجارة أصلا ، برهان ذلك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن كراء الأرض [2] .

ولا يجوز أن يشترط على صاحب الأرض فى المزارعة والمغارسة والمعاملة فى ثمار الشجر لا أجير ولا عبد ولا سانية ولا قادوس ولا حبل ولا دلو ولا عمل ولا زبل ولا شىء أصلا كل ذلك

(١) المرجع السابق ص ٧٥ .
(٢) المحلى جـ ٨ ص ١٩١ .

على العامل بشرط رسول الله صلى الله عليه وسلم عليهم أن يعملوها من أموالهم فوجب العمل كله على العامل فلو تطوع صاحب الأصل بكل ذلك أو ببعضه فهو حسن لقوله تعالى « ولا تنسوا الفضل بينكم » [3] .

مذهب الزيدية :

جاء فى الروض النضير : يدخل فى بيع الأرض الشجر النابت اذا كان مما يبقى فى العادة سنة فصاعدا كالنخيل والأعناب وأصول القصب والكرات لأن ما كان كذلك فهو كالأبنية التى فيها لثبوته واستقراره ، ولا يدخل فى البيع ما يعتاد قطعه من ذلك النابت اذا كان حاصلا حال البيع وذلك كالثمار وورق التوت وأغصان الحناء ونحوها ولا يدخل فى المبيع تبعا لأنها فى حكم المباينة للأصول وكالخارجة عنها فأشبهت الشىء الملقى على ظهر الأرض المبيعة أو على أغصان الشجرة المبيعة فكما أن مثل ذلك لا يدخل فى بيع الأرض والشجرة فكذلك الثمر والورق والأغصان التى يعتاد قطعها فى كل سنة أو نحوها فاذا أدخلت فى العقد دخلت ومن اشترى حقلا فيه زرع ولا يسمى زرعا الا وهو غصن طرى فلا خلاف فى أن الزرع للبائع ان لم يشترطه المشترى [4] وقال فى شرح الأزهار يدخل

(٣) المرجع السابق ص ٢٣٢ .
(٤) الروض النضير جـ ٣ ص ٢٨٠ ، ٢٨١ الطبعة الأولى سنة ١٣٤٧ هـ .

فى بيـع الأرض المـاء وان لم يذكـر الا لعـرف بأن تبـاع الأرض دون مائهـا والعـكس ويدخـل أيضـا فى بيـع الأرض السـواقى التى يجـرى المـاء فيهـا الى الأرض والمسـاقى وهى الاصبات التى ينحدر منهـا ماء المطـر الى الأرض وكـذلك الحيطـان وهى الجـدران تدخـل فى بيـع الأرض تبعـا واذا بيعـت الأرض دخلـت الطـرق المعتـادة ان كانت لها طـرق معتادة مـع البائع ، والمتبع فى ذلك هو العرف فما قضى به من دخول القـرار أو غـيره فهـذا المعـول عليـه ويدخـل فى بيـع الأرض شـجر نابت مما يبقى سـنة فصـاعدا كالنخيـل والأعنـاب وأصـول القصب والكـرات ولا يقطـع ما يقتطـع منـه وان لم يشـترط دخوله فى المبيـع ولا يدخـل فى بيع الأرض معدن بهـا ولا دفين من طعـام أو غـيره الا أن يدخـل [١] وفى شرح الأزهار يدخل فى المبيـع ونحـوه كالنـذر والهبـة والوقـف والوصـية فانه يدخـل فيهـا تبعـا ما يدخـل تبعـا فى المبيـع وقـد سـبق بيـانه [٢] وقال أيضـا : رقبة الوقف النـافذ وفروعه التى لا تقطـع فى العـادة وقـف وأما التى تقطـع فى العـادة فليـس بوقف كأغصـان التـوت ولا خـلاف فى الثمـر الذى يؤكل أنه لا يصـير وقفـا ملكا لله تعـالى [٣] .

(١) شرح الأزهار جـ ٣ ص ١٢٦ الى ص ١٣١ .
(٢) المرجع السابق جـ ٣ ص ١٢٥ .
(٣) المرجع السابق جـ ٣ ص ٥٠١ ، ٥٠٢ .

مذهب الامامـيـة :

جاء فى الروضـة البهيـة : الضـابط يـراعى فيـه اللغـة والعـرف العـام والخـاص وكـذا يراعى الشرع بطـريق أولى بـل هـو مقـدم عليهـا ولعلـه أدرج فى العـرف لأنه عـرف خاص ثم ان اتفقت فبهـا والا قـدم الشرعى ثم العـرفى ثم اللغـوى وفى بيـع بسـتان بلفظـه تدخـل الأرض والشـجر قطعـا والبنـاء كالجـدار وما أشبهـه من الركائز المثبتـة فى داخلـه لحفـظ التـراب عن الانتقـال أما البنـاء المعـد للسكنى ونحوه ففى دخوله وجهـان أجودهما اتبـاع العـادة ويدخـل الطـريق والشرب للعـادة ولو باعـه بلفـظ الـكرم تنـاول شـجر العنـب لأنه مدلـوله لغـة أما الأرض والعريش والبنـاء والطـريق والشرب فيرجع فيهـا الى العرف وكذا كل ما اشتمـل عليـه من الأشـجار وغـيره وما شـك فى تنـاول اللفـظ له لا يدخـل ، ويدخـل فى بيـع القـرية البنـاء المشتمل على الدور وغـيرها والمرافـق كالطـريق والسـاحات لا الأشـجار والمزارع الا مـع الشرط أو العـرف كمـا هـو الغـالب الآن أو القرينـة وفى حـكمها الضـيعة فى عرف الشـام [٤] .

وذكـر فى كتـاب الخـلاف اذا قال بعتك هـذه الأرض ولم يقـل بحقـوقها وفيهـا

(٤) الروضة البهيـة جـ ١ ص ٣٣٧ ، ٣٣٨ طبع مطبعة الكتاب العربى .

بنـاء وشـجر لم يدخـل فى البيـع البنـاء والشـجر وقال أيضـا فى الخـلاف اذا باع أرضـا مع بذر فيهـا فالبيع صـحيح دليلنـا الآية ولا مانع فى الشرع يمنـع منه [١] . وقال فى الروضـة البهية : الثمرة لا تدخـل وان كانت طلعـا لم يؤبـر لانهـا ليسـت كالجـزء من الموقوف بدلالة العـرف ويفهـم منه أن ما كان كالجـزء منهـا يدخل تبعا [٢] وفى مفتـاح الكرامة لو اسـتأجر أرضـا للزرع ولها شرب معلوم والعـادة تقتضى التبعيـة دخـل لان الظـاهر أن استئجارهـا للزرع انمـا هو للتعـويل على دخـول شربهـا ولان الاطـلاق يحمل على العـادة والمتعـارف والمفـروض أن كل من يسـتأجرها يذكـر الشرب معهـا ومعنـاه أنه جـرت عادتهم بذلك ولو اضـطربت العـادة بأن تستأجر الارض مرة منفـردة وتارة معـه احتمـل التبعية وعدمها واحتمال التبعيـة أقرب لأن الاجارة للزراعة كشرط الشرب [٣] .

وفى الروضة البهيـة كل ما يتوقف عليـه توفيـة المنفعـة فعـلى المـالك والأقـوى الرجـوع فيـه الى العـرف فان اضـطرب أو انتفى فعلى المستأجر [٤] .

مذهب الاباضية :

جـاء فى شرح النيـل : ومن باع أرضـا أو أوصى بهـا أو وهبهـا أو أخرجهـا من ملكه بوجـه ما وفيهـا نخـل وشـجر ولم يقـل : كل ما فيهـا ولا وما فيهـا فهـل يدخـل ذلك بقـوله بعتهـا كلها أو أوصـيت بهـا كلهـا أو نحـو ذلك أى يدخـل بزيادة كلهـا أو لا حتى يقـول بعتها كلهـا مثـلا وكل ما فيهـا أو بعتهـا وما فيهـا أو بكلهـا وكل ما فيهـا وهـو الصـحيح . قولان ، وظـاهر كـلامه أنه ان لم يقل كلها ولم يقـل وما فيهـا لم يدخـل ذلك اجمـاعا وليس كـذلك بل فى دخوله خـلاف والحـق عـدم الدخـول ويدخـل ذلك فى البيـع بلفظ فدان وقطعـة وبسـتان وجنه وحديقـة ونحـو ذلك وان بلا ذكر (وما فيهـا) لا كالبيـع بلفـظ أرض لا يدخـل فيه ذلك بلا ذكـر (وما فيهـا) ونحو ذلك على أحـد القـولين لان لفـظ الفـدان والقطعـة والجنـان والبسـتان ونحـوهن اسـم للأرض بمـا فيها [٥] وقال أيضـا فيمـا يتبـع المبيـع : تبـع بلا قيمة مبيعـا فى بيـع ما يشـمله اسمه ويفسـد ان نـزع منـه اتفـاقا كأرض وما نبت فيها من حب شـجر ونوى تمـر فلمشتريها ماله سعفة مما نبت من نـوى النخـلة وهى ورقة النخل والنـوى ، وما لا سعفة له بان خرجت له عـروق ولم ينبت على الارض فهـو لـه بالاولى ، وماله سـعفتان فصـاعدا للبـائع وقيـل لمشـترى الأرض ما لم يدر عليـه ليـف وما دار عليـه ليـف فللبـائع وقيـل

(١) المجلد الأول ص ٥٤٠ ، ٥٤٢ مسألة ١٣٢ الطبعة الثانية مطبعة ركنين فى طهران .
(٢) الروضة البهية جـ ١ ص ٢٦١ .
(٣) مفتاح الكرامة جـ ٧ ص ٢٤٨ طبع مطبعة الشورى بالفجالة سنة ١٣٢٦ هـ .
(٤) الروضة جـ ٢ ص ١٢ الطبعة السابقة .

(٥) شرح النيل حـ ٤ ص ١٧٧ المطبعة السلفية ومكتبتها بالقاهرة سنة ١٢٤٣ هـ .

للمشترى ما لم يتمر من النوى ولو دار عليه ليف وللبائع ما أتمر ، ولمشترى الارض من الشجر شجر التين والزيتون والخوخ ما له ورقة وقيل ما له ورقتان وقيل ما لم يتمر وللبائع ما فوق ذلك وقيل ليس للمشترى فى النخل والشجر شىء ولو لم تكن الا سعفة أو ورقة ، وان قال بعت الارض وما فيها دخلت الشجرة والنخلة ولو أتمرتا ، ومانبت من ودى ــ صغار الفسيل ــ من أصل نخل فلمشترى نخلة ما خرج من أصلها ولم يحط به ليف ، وللبائع ما أحاط به ليف ، ولمشتريها ما خرج من أصلها ولم يتمر وللبائع ما أتمر ، وما ثبت للبائع من ذلك كله فله تركه فى موضعه وحوضه [1] .

وكراء الماء الذى يتبع الأرض وتزرع منه فهو تابع لكرائها فكراؤها هو كراؤه ولذا لم يذكروه وذكروا الأرض وحدها [2] .

موات الأرض

تعريفه

مذهب الحنفية :

جاء فى بدائع الصنائع : [3] هى أرض خارج البلد لم تكن ملكا لأحد ولا حقا له خاصا فلا يكون داخل البلد موات أصلا وكذا ما كان خارج البلدة من مرافقها محتطبا لأهلها أو مرعى لهم لا يكون مواتا لان ما كان من مرافق أهل البلدة فهو حق أهل البلدة كفناء دارهم ، وفى ظاهر الرواية ليس بشرط أن يكون بعيدا عن العمران حتى ان بحرا لو جزر ــ أى انحسر ــ ماؤه أو أجمة عظيمة لم تكن ملكا لاحد تكون أرض موات فى ظاهر الرواية .

مذهب المالكية :

قال فى حاشية الدسوقى : موات الأرض من اضافة الصفة للموصوف أى الأرض الميتة . وموات الأرض ما سلم عن الاختصاص بوجه من الوجوه كأن يكون بعمارة ولو اندرست وبحريمها كمحتطب ونحو ذلك مما تقتضيه المصلحة[4] .

مذهب الشافعية :

الأرض التى لم تعمر قط أى لم يتيقن عمارتها فى الاسلام من مسلم أو ذمى وليست من حقوق عامر ولا من حقوق المسلمين [5] .

مذهب الحنابلة :

جاء فى كشاف القناع : قال الأزهرى : هى الأرض التى ليس لها مالك ولا بها ماء ولا عمارة ولا ينتفع بها ويسمى ميتة ومواتا بفتح الميم والواو وقال فى المغنى : وفى القاموس : الموات كغراب وسحاب : مالا روح فيه وأرض لا مالك لها وهى الأرض المستقلة عن الاختصاصات

(١) المرجع السابق حـ ٤ ص ٢٠٥ الطبعة السابقة .

(٢) المرجع السابق حـ ٥ ص ٣٩ الطبعة السابقة .

(٣) حـ ٦ ص ١٩٤ الطبعة السابقة .

(٤) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير حـ ٤ ص ٦٠ الطبعة السابقة .

(٥) نهاية المحتاج حـ ٥ ص ٣٢٧ طبع بمطبعة مصطفى البابى الحلبى اولاده بمصر سنة ١٣٥٧ .

أو ملك معصوم مسلم أو كافر [١] وبهذا لم يخرج الحنابلة عن التعريف اللغوى

مذهب الظاهرية :

كل أرض لا مالك لها ولا يعرف أنها عمرت فى الاسلام [٢] .

مذهب الزيدية :

قال فى شرح الأزهار [٣] : الموات من الأرض ، التى لم تزرع ولم تعمر ولا جرت عليها يد ملك أحد ، وموتان بفتح الميم والواو وهى الأرض الميتة .

مذهب الامامية :

قال فى مفتاح الكرامة : الأرض التى لا مالك لها ولاينتفع بها أحدكما فى الصحاح والمصباح، وفى النهاية : أنها الأرض التى لم تزرع ولم تعمر ولا جرى عليها ملك أحد ، وفى التذكرة : هى الارض الخربة الدارسة التى باد أهلها واندرس رسمها وعليه لو بقيت [٤] آثار الانهار والسواقى أو المروز لم تكن مواتا ، ولهم تعريفات أخرى تنظر فى مصطلح أحياء الموات .

مذهب الاباضية :

قال فى شرح النيل : ذكروا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : من أحيا أرضا مينة فهى له . وهو أن يعمر أرضا لا تنبت شيئا مثل السبخة أو جدران الماء ان لم تعرف فيها لاحد دعوى وقال آخرون : اذا لم يكن فيها أثر العمران ولم تعرف لاحد قبله ، ومنهم من يقول : من عمر أرض البرارى والقفار ولم تعرف لاحد [٥] .

اقطاع الامام الأرض

مذهب الحنفية :

ذكر فى رد المحتار لابن عابدين[٦] قال أبو يوسف رحمه الله تعالى فى كتاب الخراج : وللامام أن يقطع كل موات وكل ما ليس فيه ملك لاحد ويعمل بما يرى أنه خير للمسلمين وأعم نفعا ، وقال أيضا : وكل أرض ليست لاحد ولا عليها أثر عمارة فاقطعها رجلا فعمرها فان كانت فى أرض الخراج أدى عنها الخراج وان كانت عشرية ففيها العشر ، وقال فى ذكر القطائع : ان عمر اصطفى أموال كسرى وأهل كسرى وكل من فر عن أرضه أو قتل فى المعركة وكل مغيض ماء أو أجمة فكان عمر يقطع من هذا لمن أقطع قال أبو يوسف : ذلك بمنزلة بيت المال الذى لم يكن لاحد ولا فى يد وارث فللامام العادل ان يجيز منه ويعطى من كان له غناء فى الاسلام ويضع ذلك موضعه ولا يحابى به فكذلك هذه الأرض فهذا سبيل القطائع عنده فى أرض العراق ، وانما صارت القطائع يؤخذ منها العشر لانها بمنزلة الصدقة ، قلت : وهذا صريح

(١) كشاف القناع حـ ٢ ص ٤٠٦ الطبعة السابقة .
(٢) المحلى حـ ٨ ص ٢٣٣ الطبعة السابقة .
(٣) حـ ٣ ص ٣١٩ الطبعة السابقة .
(٤) مفتاح الكرامة حـ ٧ ص ٢ .

(٥) شرح النيل حـ ٦ ص ٦٨٢ .
(٦) ابن عابدين حـ ٣ ص ٢٦٥ طبع دار الطباعة المصرية سنة ١٢٧٢ ثم انظر الخراج لابى يوسف ص ٣٣ ، ٣٤ ، ٣٧ الطبعة الاولى الميرية سنة ١٣٠٢ هـ .

فى أن القطائع قد تكون من الموات وقد تكون من بيت المال لمن هو من مصارفه وانه يملك رقبة الارض ، ولذا قال يؤخذ منها العشر لانها بمنزلة الصدقة ويدل له قوله أيضا : وكل من أقطعه الولاة المهديون أرضا من أرض السواد وأرض العرب والجبال من الاصناف التى ذكرنا أن للامام أن يقطع منها فلا يحل لمن يأتى بعده من الخلفاء أن يرد ذلك ، ولا يخرجه من يد من هو فى يده وارث أو مشتر ، قال والأرض عندى بمنزلة المال فللامام أن يجيز من له غناء فى الاسلام ومن يقوى به على العدو ، ويعمل فى ذلك بالذى يرى أنه خير للمسلمين وأصلح لامرهم وكذلك الارضون يقطع الامام منها من أحب من الأصناف فهذا يدل على أن للامام أن يعطى الأرض من بيت المال — على وجه التمليك لرقبتها كما يعطى المال حيث رأى المصلحة اذ لا فرق بين الارض — والمال فى الدفع للمستحق أنظر اقطاع .

مذهب المالكية :

قال فى حاشية الدسوقى (١) . ويكون الاختصاص بسبب اقطاع الامام أرضا من موات أو من أرض تركها أهلها لأنها فضلت عن حاجتهم ولا بناء فيها ولا غرس — ومن الموات ما عمرت ثم درست وطال الزمن فان أقطعها الامام لانسان بعد طول اندراسها فقد ملكها واختص بها ومثل الامام نائبه ان أذن له فى الاقطاع وان لم يعين له من يقطع له . ثم اقطاع الامام ليس من الاحياء وانما الاحياء بلا تعمير بعده نعم الاقطاع تمليك مجرد فله بيعه وهبته ووقفه ويورث عنه ان حازه فان مات الامام قبل أن يحوزه من أقطعه له كان الاقطاع باطلا ومعنى كونه تمليكا مجردا أنه لا يحتاج معه الى عمارة والمراد أنه مجرد عن شائبة العوضية باحياء أو غيره ، ولا يقطع الامام معمور أرض العنوة الصالحة لزراعة الحب ملكا بل امتاعا وانتفاعا ولا يقطع أيضا عقارها ملكا ومفهومه أن الصالحة لزراعة النخل فقط له اقطاعها ملكا وهو كذلك لانها موات وأما مالا يصلح لزراعة الحب وليس عقارا للكفار فانه من الموات يقطعه ملكا أو امتاعا أى انتفاعا مدة حياته مثلا أو أربعين سنة وان صلح لغرس الشجر وانما لم يقطع المعمور ملكا لانه يصير وقفا بمجرد الاستيلاء عليه وأما أرض الصلح فليس للامام اقطاعها مطلقا لأنها على ملك أهلها لا علاقة للامام بها سواء كانت معمورة أو مواتا ثم ما أقطعه الامام من العنوة ان كان لشخص بعينه انحل عنه بموته واحتاج لا قطاع بعده ، وان كان لشخص وذريته وعقبه استحقته الذرية بعده ، للانثى كالذكر الا لبيان تفضيل كالوقف — أنظر اقطاع .

مذهب الشافعية :

قال فى أسنى المطالب اقطاع الامام

---

(١) حـ ٤ ص ٦١ الطبعة السابقة .

الموات لا لتمليك الرقبة كالتحجر فلا يقطع شخصا أرضا يعجز عنه ويصير المقطع أحق بما أقطعه لتظهر فائدة الاقطاع ويستثنى ما أقطعه النبى صلى الله عليه وسلم فلا يملكه الغير بالاحياء قياسا على أنه لا ينقض ما حماه أما اذا أقطعه لتمليك رقبته فيملكه وهل يلتحق المندرس الضائع بالموات فى جواز الاقطاع ؟ وجهان : أصحها فى البحر نعم [١] .

مذهب الحنابلة :

قال فى كشاف القناع الاقطاع قسمه الأصحاب الى ثلاثة أقسام اقطاع تمليك ، واقطاع استغلال . واقطاع ارفاق . وقسم القاضى اقطاع التمليك الى موات وعامر ومعادن وجعل اقطاع الاستغلال على ضربين عشر وخراج — وللامام اقطاع موات لمن يحييه لانه عليه الصلاة والسلام أقطع بلال بن الحارث العقيق وأقطع وائل بن حجر أرضا وأقطع أبا بكر وعمر وعثمان وجمعا من الصحابة ولا يملك الموات بالاقطاع لانه لو ملكه ما جاز استرجاعه بل يصير المقطع كالمتحجر الشارع فى الاحياء لانه ترجح بالاقطاع على غيره ويسمى تمليكا لمآله اليه ولا ينبغى للامام أن يقطع الا ما قدر على احيائه لان فى اقطاعه أكثر من ذلك تضييقا على الناس فى حق مشترك بينهم مما لا فائدة فيه فان أقطع الامام أحدا أكثر مما يقدر على احيائه ثم تبين عجزه عن احيائه استرجعه الامام منه كما استرجع عمر من بلال بن الحارث ما عجز عن عمارته من العقيق الذى أقطعه اياه رسول الله صلى الله عليه وسلم .

اقطاع الاستغلال :

ويجوز للامام اقطاع غير موات تمليكا وانتفاعا للمصلحة والظاهر أن مراد الاصحاب بالمصلحة التى يجوز الاقطاع لاجلها ابتداء ودواما .

مذهب الظاهرية :

قال فى المحلى : كل أرض لا مالك لها ولا يعرف أنها عمرت فى الاسلام فهى لمن سبق اليها وأحياها سواء باذن الامام فعل ذلك أو بغير اذنه لا اذن فى ذلك للامام ولا للامير ولو أنه بين الدور فى الامصار ولا لأحد أن يحمى شيئا من الارض عمن سبق اليها بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم فلو أن الامام اقطع انسانا شيئا لم يضره ذلك ولم يكن له أن يحميه ممن سبق اليه فان كان احياؤه ذلك مضرا بأهل القرية ضررا ظاهرا لم يكن لاحد أن ينفرد به لا باقطاع الامام ولا بغيره كالملح الظاهر والماء الظاهر والمراح ورحبة السوق والطريق والمصلى ونحو ذلك وأما ما ملك يوما باحياء أو بغيره ثم دثر واشغر حتى عاد كأول حاله فهو ملك لمن كان له لا يجوز لأحد تملكه بالاحياء أبدا فان جهل أصحابه فالنظر فيه الى الامام ولا يملك الا باذنه [٢] .

---

(١) أسنى المطالب جـ ٢ ص ٤٤٨ ، ص ٤٥٠ .

(٢) المحلى جـ ٨ ص ٢٣٣ الطبعة السابقة .

مذهب الزيدية :

قال فى البحر الزخار : للامام اقطاع الموات لا قطاعه صلى الله عليه وسلم الزبير حضر فرسه فأجرى فرسه حتى قام أى وقف ثم رمى بسوطه فقال صلى الله عليه وسلم أعطوه من حيث بلغ السوط — اخرجه أبو داود ، ولفعل أبى بكر وعمر ، روى أن أبا بكر اقطع اقطاعا لمن أحياه وملكه اياه لمصلحة هناك واقطع عمر العقيق وهو على ميل من المدينة ولم ينكر ذلك ولا يقطع أحدا أكثر مما يستطيع احياءه لاضراره ومن أقطع له يكون كالمتحجر فى الحكم الا أن الاقطاع لا يفتقر فى ثبوت الحق الى ضرب الاعلام بل يثبت الحق بمجرده ، وله أيضا اقطاع بقاع فى الاسواق والطرق الواسعة بغير اضرار بأن يقطع حق من سبق اليها بعد رفع قماشه ويجعل غيره أولى فلا يستحق العود اليه ، وفوائد الارض الظاهرة كالملح المأربى والبحرى وحجارة الارضية والقدور لا يصح تحجرها ولا تملك بالاحياء والاقطاع لرجوعه صلى الله عليه وسلم عن اقطاع الابيض بن حمال ملح مأرب ، وأما الباطنة كمعادن الذهب والفضة والفيروزج ونحوها مما يستتر فى طبقات الارض ففى اقطاعه وجهان أصحها يصح[1] .

مذهب الامامية :

قال فى مفتاح الكرامة : الموات ملك للامام عليه السلام فيجوز له أن يفعل به ما يشاء من اقطاع ونحوه فاذا أقطعه وجب اتباع اقطاعه بمعنى أن المقطع يصير أولى من غيره فى الاحياء كما يصير المحجر أولى من غيره فيما يحجره ولا يزاحمه الغير ولا يصح رفع هذا الاختصاص بالاحياء ، والاقطاع وحده كاف فى حصول الاولية ، والاختصاص وان لم يحصل تحجر ، وقد أقطع النبى صلى الله عليه وسلم بلال بن الحارث العقيق فلما ولى عمر قال : ما أقطعته لتحجبه فاقطعه الناس ، وأقطع الزبير حضر فرسه فأجرى فرسه حتى قام فرمى بسوطه طلبا للزيادة على الحضر فأعطاه من حيث وقع السوط — والعقيق واد بظاهر المدينة — والحضر بالحاء المهملة والضاد المعجمة وهو عدوه ومعنى قام أى عجز عن التقدم والاقطاع يفيد الاختصاص أى صار أحق به بلا خلاف بين المسلمين وقال أيضا فى مفتاح الكرامة نقلا عن المبسوط : اذا حجر أرضا وباعها لم يصح بيعها وهو شاذ فأما عندنا فلا يصح بيعه لانه لا يملك رقبة الارض بالاحياء وانما يملك التصرف بشرط أن يؤدى للامام ما يلزمه عليها والظاهر من عبارة المبسوط أن التحجير احياء والاحياء عنده مطلقا لا يملك رقبة الارض وقد سبق أن الاقطاع كالتحجير[2] .

(انظر اقطاع) .

مذهب الاباضية :

قال فى شرح النيل [3] : ان أقطع الملك

(١) البحر الزخار حـ ٤ ص ٧٦ وص ٧٨ و ص ٧٩ الطبعة السابقة .

(٢) مفتاح الكرامة حـ ٧ ص ٢٥ .

(٣) شرح النيل حـ ١٠ ص ٣٩٤ الطبعة السابقة .

الاعظم لأمير أو قاض أو وال أرضــا أو مالا فله أخـــذه اذا كان على وجــه الشرع ولو حاباهم دون نظــائرهم ويتــرك ما بنى الولاة أو الامــراء أو القضــاة من المساجد أو المــدارس أو الحصــون أو الصوامــع للأذان أو نحــو ذلك فى مال الله وقال أيضا : ولسابق فى مباح دفاع منازع فيه وقتاله اذ هو أولى به وكذا ما أقعده فيه حاكم أو نحوه كامام [1] .

« أنظــر اقطــاع » .

إسَاءَة

تعريف الاساءة فى اللغة

جــاء فى لســـان العــرب : [2] أســاء الرجــل اســـاءة خــلاف أحســن ، وأساء اليـــه نقيض أحســـن اليــه ، وأســاء الشيء أفســـده ، ويقـــال : أســأت به واليــه وعليــه وله ، وساءه فعــل به ما يكره قال الله عز وجل : [3] ان أحسنتم أحســنتم لأنفسكم وان أســأتم فلهــا فاذا جاء وعــد الآخــرة ليســوءوا وجوهكم ... » وجاء فى القــرآن أيضــا قوله تعــالى : [4] « من عمل صــالحا فلنفســه ومن أســاء فعليها وما ربك بظــلام للعبيد » والســيئة الخطيئة ، والسيء والســيئة عمــلان قبيحان ، وفى القــرآن الكريم قول الله تعــالى : [5] وهو الذى يقبل التوبة عن عبــاده ويعفوا عن الســيئات ويعلم ما تفعلون » ، والسوء : الفجــور والمنكر ، وقال الــزجاج فى معنى الســوء الوارد فى قول الله عز وجــل [6] « ولقــد همت به وهم بهــا لولا أن رأى برهان ربه كذلك لنصرف عنــه الســوء والفحشــاء انه من عبــادنا المخلصــين » الســوء : خيـــانة صاحبــه والفحشـــاء ركوب الفاحشـــة ، وقـــال اللحيــانى : الســوء : اســم جامع للآفات والــداء ، [7] والمفسرون يذهبــون الى أن معنى الاســـاءة الوارد فى قول الله عــز وجل « وان أسأتم فلها » هو المعصية .

ومما تقدم يتبين أن الاســـــاءة لفظ شامل يطــلق على الفعــل القبيــح ويطــلق على الخطيئــة ويطلق على فعــل المكروه بالغير ويطلق على المعصــية والمنكر أو هو كما قال اللحيانى : اسم جامع للآفات والداء .

تعــريف الاســاءة فى اصطلاح الفقهاء :

والفقهاء يســايرون أهــل اللغــة فى المعنى المقصــود من لفظ اســاءة لكن التعبير بنفس اللفظ غير شـــائع فى اســتعمالاتهم وانما نراهم يعبرون عنهــا بالمعنى المقصــود منها فالاســاءة اذا كانت ناتجــة عن تجاوز الحد فى حــق قرره الشرع فان الفقهــاء يعبرون عن ذلك بلفظ المضــارة والضرر والاضرار ،

(١) المرجع السابق حـ ٢ ص ٣٣١ الطبعــة الســابقة .

(٢) لسان العرب للامام العلامة ابن منظور حـ ١ ص ٩٥ وما بعدها طبع دار صادر دار بيروت ببيروت سنة ١٣٧٤ هـ الطبعة الثانية .

(٣) الآية رقم ٧ من سورة الاسراء .

(٤) الآية رقم ٤٦ من سورة فصلت .

(٥) الآية رقم ٢٥ من سورة الشورى .

(٦) الآية رقم ٢٤ من سورة يوسف .

(٧) كتاب جامع البيان فى تفسير القرآن للامام ابى جعفر محمد بن جرير الطبرى حـ ١٥ ص ٢٤ الطبعة الاولى طبع المطبعة الكبرى الاميرية بمصر سنة ١٣٢٨ هـ .

وهو تعبير القــرآن الكريم فيمن اتخــذ الحق الذى اعطاه الله للمالك فى الوصــية ببعض ماله ســبيلا الى ايــذاء الورثة بالوصــية مضــــارة لهم ، قال اللـــــه عــز وجــل (١) « وان كان رجــل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحــد منهمــا الســدس فان كانوا أكثر من ذلك فهــم شركاء فى الثلث من بعــد وصــية يوصى بهـــا أو دين غير مضــار وصــية من الله والله عليم حليم » والثابت كذلك شرعا أن السيد له ولاية تأديب عبده وان الزوج له ولاية تأديب زوجته وذلك فى حدود قررهـــا الشرع فاذا خرج كل من الســيد والزوج عن الحــدود المقررة شرعا فى التأديب فقــد أســاء اســتعمال حقــه وألحق بغيره ضررا يســتحق عليــه العقوبة ، وفى الحــديث ما رواه ابن عمــر مرفوعــا عن النبى صلى الله عليــه وســلم أنه قال : من لطم عبــده فكفارته عتقــه (٢) ، على أن بعض الفقهــاء ذكر لفـــظ الاســاءة ثم فسرها بمعنى الضرر ، يقول خليــل والدردير من المــالكية فى الشرح الصــغير (٣) ان حصــل نــزاع بين الزوجين بعث الحــاكم حكمين للاصــلاح بينهما فان تعــذر الاصلاح حــكما بالطــلاق بلا مال يأخــذانه للزوج من الزوجــة ان كانت الاســاءة من الزوج ، أو حــكما بالخلع — أى بمال — يأخــذانه من الزوجــة للــزوج ان كانت الاســـاءة منهــا ، وان أســاءا معــا أى بأن كان كل من الــزوج والــزوجة يضر بصــاحبه تعين الطــلاق بلا خلع ، وهكذا نــرى الفقهــاء يعبــرون فى المواضــع التى يســاء فيهــا اســتعمال الحق بلفظ المضــارة أو بلفــظ الضرر والاضرار ، وتفصــيل الكلام فى ذلك ينظــر فى هــذه المصطلحات .

ومن ناحيــة أخــرى فان اســاءة استعمال الحق قد تتعــدد أنواعها بتعدد موضوعاتها وذلك مثل الشركة فى الارتفاق واساءة استعمال الحق فيهــا مثل حق الشرب وحق الطــريق وحق المســيل ، ومثــل ذلك أيضــا حقوق الجوار واساءة اســتعمال الحق فيها ، وقد اتفق الفقهــاء على أثم من يتصرف فى ملكه تصرفا يسىء الى جاره ، ومثــل ذلك أيضــا العقود واســاءة استعمال الحق فيهــا وذلك أن العقــود الشرعيــة ترتب حقوقا لكــلا العــاقدين ، وقد قــرر الشــارع أحكاما فى العقود لمنــع اســاءة اســتعمالها ومن ذلك ان عقــد (٤) الاجارة ينتهى بانتهــاء مدته ، فاذا انتــهى وفى الارض زرع فان الارض تســتمر فى يد المســتأجر بأجــرة المثــل ولا يســوغ للمالك أن يســترد الارض من المســتأجر قبــل أن يحصــد زرعه والا كان هــذا مضــارة به ..

(١) الآية رقم ١٢ من سورة النساء .

(٢) انظر فى ذلك كشاف القنــاع على متن الاقناع لابن ادريس الحنبلى وبهامشــه شرح منتهى الارادات حـ ٣ ص ٣٢٢ الطبعة الاولى طبع المطبعة العامرة الشرفية بمصر سنة ١٣١٩ هـ .

(٣) بلغة السالك لاقرب المسالك للشيخ أحمد الصاوى على الشرح الصغير للدردير حـ ١ ص ٤٠٨

(٤) نتــائج الافكار لقاضى زاده تكملة فتــح القدير شرح الهداية وبهامشه العناية حـ ٧ ص ١٦٧ الطبعة الاولى طبع المطبعة الكبرى الاميرية بمصر سنة ١٣١٧ هـ .

وتفصيل الكلام فى ذلك ينظر فى مصطلحاته الخاصة به مثل ارتفاق وشركة وعقد وجوار وغير ذلك ..

أما اذا كانت الاساءة ناتجة عن سوء طبع وكان الحاق الضرر بالغير غير مستند الى حق أسىء استعماله فان الفقهاء يعبرون عن ذلك باسم الفعل نفسه فاذا كان الحاق الضرر بالغير من ناحية المال مثلا فان ذلك يعرف عند الفقهاء باسم السرقة أو باسم الغصب أو باسم النهب أو باسم الاختلاس ، واذا كان الضرر لاحقا بالنفس أو أطرافها سمى ذلك عند الفقهاء جناية وجرحا وهكذا ، واذا كان الضرر لاحقا بالعرض سمى ذلك قذفا أو زنا وهكذا ويرجع فى بيان أحكام ذلك كله الى مصطلحاته الخاصة به .

اسْتِئْذَان

الاستئذان فى اللغة وفى الشرع

هو طلب الاذن ، واستأذنه طلب منه الاذن [1] .

والفقهاء أيضا يستعملونه بهذا المعنى فقد قال صاحب البدائع[2] : الاستئذان هو طلب الاذن .

(١) ترتيب القاموس المحيط ﺣ ١ ص ٩١ الطبعة الاولى سنة ١٩٥٩ م طبع مطبعة الاستقامة بالقاهرة .

(٢) بدائع الصنائع للكاسانى ﺣ ٥ ص ١٢٤ الطبعة الاولى طبع مطبعة الجمالية بمصر سنة ١٣٢٨ ﻫ .

مجاله : مجال الاستئذان ومسائله كثيرة منتشرة فى كتب الفقه الا أن الأحكام التى وردت فى كثير منها تتعلق بلفظ الاذن أكثر من تعلقها بلفظ الاستئذان كاذن السيد لعبده فى التجارة واذن الصبى والعبد بالتزوج واذن الورثة فى الوصية وقد ذكرت هذه الأحكام مفصلة فى مصطلح « اذن » فيرجع اليها .

لكن أخفى أماكن الاستئذان المشهورة فى كتب الفقه موضعان وهما :

الموضع الأول : استئذان البكر فى الزواج وأصل الكلام فيه قول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا تنكح الأيم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن ، والبكر تستأمر واذنها سكوتها » وهل الاستئذان واجب أو سنة وهل هذا الحكم بالنسبة للأب أو يشمل غيره من الأولياء وما كيفية الاستئذان وما السنة فى ذلك ثم ما حكم ما لو زوجها وليها بدون استئذان ؟ وتفصيل القول فى ذلك يرجع فيه الى مصطلح « اذن » ومصطلح « استئمار » .

الموضع الثانى : الاستئذان فى دخول البيوت وأصل الكلام فيه قول الله سبحانه وتعالى : [3] « يأيها الذين آمنوا لا تدخلوا بيوتا غير بيوتكم حتى تستأنسوا وتسلموا على أهلها ذلكم خير لكم لعلكم

(٣) الآية رقم ٢٧ ، ٢٨ ، ٢٩ من سورة النور .

تذكرون ، فان لم تجدوا فيها أحدا فلا تدخلوها حتى يؤذن لكم وان قيل لكم ارجعوا فارجعوا هو أزكى لكم والله بما تعملون عليم ، ليس عليكم جناح أن تدخلوا بيوتا غير مسكونة فيها متاع لكم والله يعلم ما تبدون وما تكتمون » وقد بسط الفقهاء القول فى ذلك كثيرا من حيث حكم الاستئذان وكيفيته ومن يباح له الدخول بغير استئذان ومن لا يباح له ذلك الا بالاستئذان ومن حيث الأماكن نفسها اذا كانت مسكونة أو غير مسكونة ويشمل ذلك أيضا الدخول على الزوجة وعلى المحرم وعلى الأجنبى ويشمل كذلك الأوقات التى يباح فيها بدون استئذان والتى لا يباح فيها الا بالاستئذان وكذلك الحكم بالنسبة للأشخاص كالطفل والأعمى وغير ذلك من الأحكام .

وتفصيل الكلام فى ذلك يرجع فيه الى مصطلح « دخول » .

استئمار

تعريف الاستئمار

أولا فى اللغة :

الائتمار والاستئمار المشاورة . وكذا التآمر على وزن التفاعل وفى الحديث آمروا النساء فى أنفسهن أى شاوروهن فى تزويجهن[1] .

(١) لسان العرب ج ٤ مادة أمر . ص ٣٠ .

ثانيا :فى اصطلاح الفقهاء : طلب الأمر أى الاذن [٢] .

الفرق بين الاستئمار والاستئذان

هو أن الاستئمار لا يكون جوابه الا بالنطق لأنه طلب الأمر . والامر لا يكون الا بالنطق أما الاستئذان فهو طلب الاذن . وهو يصح بالسكوت [٣] .

من تستأمر من النساء

مذهب الحنفية :

تستأمر [٤] من النساء البالغة بكرا كانت أو ثيبا . لما روى عن ابن عباس أن جارية بكرا أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت أن أباها زوجها وهى كارهة فخيرها النبى صلى الله عليه وسلم ولقوله عليه السلام [٥] : « البكر تستأمر فى نفسها واذنها صماتها والثيب تشاور » . وما[٦] روى أن رجلا زوج بنته وهى كارهة وهى تريد عم صبيانها ففرق رسول الله صلى

(٢) الفتح على الهداية ج ٢ ص ٣٩٦ .
المغنى لابن قدامة ج ٧ ص ٣٨٤ .
نهاية المحتاج الى شرح المنهاج للرملى ج ٦ ص ٢٢٤ طبعة الحلبى سنة ١٣٥٧ هـ والشرح الكبير وحاشية الدسوقى ج ٢ ص ٢٢٨ ، ٢٤٦ والتاج والاكليل للمواق على الحطاب ج ٣ ص ٤٣٤ المحلى لابن حزم ج ٩ ص ٤٦١ .
الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير ج ٤ ص ٣١ ، الخلاف للطوسى ج ٢ ص ١٤٤ شرح النيل ج ٣ ص ٧٤ .
(٣) النهاية لابن الاثير مادة أمر .
(٤) فتح القدير ج ٢ ص ٣٩٥ .
(٥) المبسوط للسرخسى ج ٤ ص ١٩٦ .
(٦) المبسوط للسرخسى ج ٥ ص ٩ .

الله عليه وسلم بينهـا وبين الذى زوجهـا منه أبوها ثم زوجهـا عم أولادها . وهـذه المرأة كانت ثيبـا لأن الراوى قال وهى تريد عم صبيـانها .

ويندب [١] استئمار أمهـات البنات لأمره صلى الله عليه وسـلم بذلك فى قوله : « تؤامر النسـاء فى أبضاع بنـاتهن » .

مذهب المالكية [٢] :

تستأمر من النسـاء :

١ ــ المجنـونة جنونا غير مطبق . ينتظر افاقتهـا اذا كانت ثيبـا بالغـة ولا يزوجها أبوهـا الا برضاهـا .

٢ ــ البكر العـانس عنـد ابن وهب ، لأنهـا لمـا عنست صارت كالثيب .

٣ ــ البكر اذا أراد أبوهـا زواجهـا لذى عاهة كخصى مقطوع الانثيين ، ومجنون ومبرص ومجذوم وعنين ومجبوب وعبـد ولو كان عبد الأب . وفى هذا لابد من رضاهـا بالقول .

٤ ــ الثيب البالغة بنكاح صحيح أو فاسد مختلف فى فسـاده أو مجمع عليه ودرأ الحد .

أما من ثيبت بعـارض الزنا وتكرر منهـا ذلك حتى زال حياؤهـا صـغيرة كانت أو كبيرة فالارجح أنهـا لا تستأمر وفى قول تسـتأمر .

(١) المبسوط للسرخسى ج ٤ ص ٢١٨ .
(٢) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٢ ص ٢٢٢ ، ٢٢٣ ، ٢٢٤ .

٥ ــ البكر التى رشدهـا أبوها وأذنهـا بالقول . ومثـل البكر التى رشدها أبوهـا البكر اذا رشدهـا الوصى لا يزوجهـا الا برضاهـا وأذنها بالقول أيضا .

٦ ــ المرأة التى أقامت ببيتهـا الذى دخلت فيـه مع زوجهـا سـنة من يوم الدخول وأنكرت بعـد فراقهـا الوطء تنزيلا لاقامتهـا السنة منزلة الثيوبة .

٧ ــ الثيب الموصى بنكاحها يزوجها الوصى برضاهـا .

٨ ــ البالغ [٣] عنـد عـدم الأب ووصـيه تزوج باذنهـا فان كانت ثيبـا أعربت عن نفسهـا وان كانت بكرا كفى صمتها .

٩ ــ اليتيمة غير البـالغ اذا خيف فسادها بفقر أو زنا أو عدم حاضن شرعى أو ضيـاع مال أو دين وبلغت من السـنين عشرا يزوجها وليهـا باذنهـا بالقول ولكن الراجح أنه يكفى صمتهـا .

١٠ ــ بكر [٤] عضلت لم يذكر المتيطى هذه فى جملة الابكار اللاتى يتكلمن لكنه قال فى الوثيقة ما نصه بعد ثبوت أنها بكر عضلهـا أبوهـا فأنكحهـا فلان بعـد أن استأمرها ولا يكون رضاهـا الا بالنطق .

١١ ــ للحاكم [٥] تزويج ابنة الغائب المجبرة دون غيره من الاولياء فى غيبته البعيـدة

(٣) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٢ ص ٢٢٤ ، ٢٢٥ .
(٤) التاج والاكليل لمختصر خليل للمواق ص ٤٣٣ ج ٢ على مواهب الجليل للحطاب ص ٤٣٤
(٥) الشرح الكبير وحاشية الدسـوقى ج ٢ ص ٢٢٩ .

كأفريقية اذا لم يرج قدومه بسرعة ولو لم يستوطن ولو دامت نفقتها ولم يخف عليها ضيعة وأذنها صمتها وقيل لا بد من اذنها بالقول .

مذهب الشافعية (١) :

تستأمر من النساء :

١ — البكر . اذا زوجها أبوها ومثله الجد لأب عند فقده . اذا كان الزوج غير كفؤ أو معسرا بمال صداقها أو بينها وبينه عداوة . أو بينها وبين الولى عداوة ظاهرة . أو كان زواجها بغير مهر المثل، أو بغير نقد البلد .اذا لم يعتدن الاجل أو غير نقد البلد .

٢ — الثيب البالغة العاقلة . ليس للولى أو غيره تزويجها وان عادت بكارتها الا باذنها لخبر مسلم . الثيب أحق بنفسها من وليها . ووجهه أنه لما مارست الرجال زالت غباوتها وعرفت ما يضرها وما ينفعها منهم بخلاف البكر .

هذا (٢) ويستحب استئذان البكر البالغة العاقلة ولو سكرانة تطييبا لقلبها وعليه حملوا خبر مسلم والبكر يستأمرها أبوها جمعا بينه وبين خبر الدار قطنى « الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر يزوجها أبوها » كما بحث بعضهم ندب استئذان المميزة لاطلاق الخبر ولان بعض الائمة أوجبه .

مذهب الحنابلة (٣) :

تستأمر المرأة فلا تزوج الا برضاها فى الاحوال الاتية :

١ — تزويج الرجل ابنته البكر البالغة العاقلة فى احدى الروايتين عن أحمد واختارها أبو بكر لما روى أبو هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا تنكح الايم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن » فقالوا يا رسول الله فكيف أذنها ؟ قال « أن تسكت » وروى أبو داود وابن ماجة عن ابن عباس أن جارية بكرا أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت أن أباها زوجها وهى كارهة فخيرها النبى صلى الله عليه وسلم ولانها جائزة التصرف فى مالها فلم يجز اجبارها كالثيب والرجل .

٢ — الكبيرة (٤) والصغيرة اذا زوجهما غير الاب . اذ ليس لغير الاب اجبار كبيرة ولا تزويج صغيرة جدا كان أو غيره لقول النبى صلى الله عليه وسلم « تستأمر اليتيمة فى نفسها وان سكتت فهو أذنها وان أبت فلا جواز عليها » رواه أبو داود والنسائى .

وروى عن ابن عمر أن قدامة بن مظعون زوج

---

(١) نهاية المحتاج الى شرح المنهاج للرملى جـ ٥ ص ١٧٥ وما بعدها ص ١٧٦ .

(٢) نهاية المحتاج الى شرح المنهاج للرملى ص ١٧٥ جـ ٥ .

(٣) المغنى جـ ٧ ص ٣٨٠ .

(٤) المغنى جـ ٧ ص ٣٨٣ .

ابن عمر ابنة أخيه عثمان فرفع ذلك الى النبى صلى الله عليه وسلم فقال « انها يتيمة ولا تنكح الا باذنها » ولان غير الاب قاصر الشفقة فلا يلى نكاح الصغيرة كالأجنبى .

والجارية اذا بلغت تسع سنوات فحكمها حكم البالغة فى احدى الروايتين وقد نص عليها ابن منصور لمفهوم قوله تعالى : « وان خفتم أن لا تقسطوا فى اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء » . وهو أنه اذا لم يخف فله تزويج اليتيمة . ودلالة الخبر بعمومها على أن اليتيمة تنكح باذنها وان أبت فلا جواز عليها . وقد انتفى به الاذن فيمن دونها فيجب حمله على من بلغت تسعا . وقد روى الامام أحمد باسناده عن عائشة رضى الله عنها أنها قالت « اذا بلغت الجارية أى الصبية تسع سنين فهى امرأة ورواه القاضى باسناده عن ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم بمعناه فى حكم المرأة : ولانها بلغت سنا يمكن فيه حيضها ويحدث لهما حاجة الى النكاح فيباح تزويجها كالبالغة فعلى هذا اذا زوجت ثم بلغت لم يكن لها خيار كالبالغة اذا زوجت .

٣ ــ الثيب الكبيرة [١] :

لا يجوز للاب ولا لغيره تزويجها الا باذنها فان الخنساء ابنة حذام الانصارية روت أن أباها زوجها وهى ثيب فكرهت ذلك فأتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فرد نكاحه . رواه البخارى والائمة كلهم . وكانت الخنساء من أهل قباء تحت أنيس بن قتادة فقتل عنها يوم أحد فزوجها أبوها رجلا من بنى عمرو ابن عوف فكرهته فشكت ذلك الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فرد نكاحها ونكحت أبا لبابة بن عبد المنذر .

وروى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا تنكح الايم حتى تستأمر متفق عليه » .

وقال : الايم أحق بنفسها من وليها . وروى ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « ليس للولى مع الثيب أمر » رواهما النسائى وأبو داود ولانها رشيدة عالمة بالمقصود من النكاح مختبرة فلم يجز اجبارها كالرجل .

٤ ــ البكر [٢] البالغة يستحب لوالدها استئذانها فان النبى صلى الله عليه وسلم قد أمر به ونهى عن النكاح بدونه وأقل أحوال ذلك الاستحباب . ولأن فيه تطيب قلبها وخروجا عن الخلاف وقالت عائشة سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الجارية ينكحها أهلها . أتستأمر أم لا : فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم « نعم تستأمر »

---

(١) المغنى ج ٧ ص ٣٨٥ .

(٢) المغنى ج ٧ ص ٣٨٤ .

وقال « استأمروا النساء فى ابضاعهن فان البكر تستحى فتسكت فهو اذنها » متفق عليهما .

٥ ـ وكذلك يستحب استئذان المرأة فى تزويج ابنتها لقول النبى صلى الله عليه وسلم « آمروا النساء فى بناتهن » ولأنها تشاركه فى النظر لابنتها وتحصيل المصلحة لها بشفقتها عليها وفى استئذانها تطييب قلبها وارضاء لها فتكون أولى .

مذهب الظاهرية (١) :

تستأمر من النساء البالغة العاقلة بكرا كانت أو ثيبا .

قال ابن حزم . واذا بلغت البكر والثيب لم يجز للاب ولا لغيره أن يزوجها الا باذنها فان وقع فهو مفسوخ أبدا .

فأما الثيب تنكح من شاءت وان كره الاب . وأما البكر فلا يجوز لها نكاح الا باجتماع اذنها واذن أبيها .

برهان ذلك : قول النبى صلى الله عليه وسلم « الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر يستأذنها أبوها فى نفسها واذنها صماتها » فخرجت الثيب الصغيرة أو الكبيرة بعموم هذا الخبر وخرجت البكر البالغ به أيضا . لان الاستئذان لا يكون الا للبالغ العاقل للأثر الثابت عن النبى صلى الله عليه وسلم . « رفع القلم عن ثلاث فذكر منهم الصغير حتى يبلغ » فخرجت البكر التى لا أب لها بالنص المذكور فلم تبق الا الصغيرة البكر ذات الاب فقط .

وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر يستأذنها أبوها » ففرق عليه الصلاة والسلام بين الثيب والبكر فجعل للثيب أنها أحق بنفسها من وليها فوجب بذلك أنه لا أمر للاب فى انكاحها وأنها أحق بنفسها منه ومن غيره . وجعل البكر بخلاف ذلك وأوجب على الاب أن يستأمرها فصح أنه لابد من اجتماع الامرين . أذنها واستئذان أبيها ولا يصح لها نكاح ولا عليها الا بهما جميعا . قال تعالى : « ولا تكسب كل نفس الا عليها » .

فوجب أنه لا يجوز على البالغة البكر انكاح أبيها بغير اذنها . وقد جاءت بهذا آثار صحاح .

مذهب الزيدية (٢) :

تستأمر من النساء . البالغة بكرا أو ثيبا ولو كانت يتيمة . الا أن عبارة الرضا تختلف فى كل منهما . اذ الاستئمار طلب الامر . والمعنى لا يعقد عليها حتى يطلب الامر منها . وظاهر قوله صلى الله

---

(١) المحلى لابن حزم جـ ٩ ص ٤٥٩ ، ٤٦٠ ، ٤٦١ ، ٤٦٩ ، ٤٧٠ .

(٢) الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير جـ ٤ ص ٣١ وما بعدها .

عليه وسلم فى حديث أبى هريرة « لا تنكح الايم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن » فى الثيب والبكر • ومثله حديث ابن عباس المروى عن مالك « والبكر تستأمر فى نفسها » •

والحديث يدل على اعتبار رضا المزوجة اذا كانت مكلفة سواء كانت بكرا أو ثيبا اذ الاذن لا يكون الا للبالغة •

وروى الحاكم عن نافع عن ابن عمر حديث « لا تنكحوا اليتامى حتى تستأمروهن » • وزاد : « فان سكتن فهو اذنهن » •

مذهب الامامية :

تستأمر من النساء :

١ ـ الثيب سواء زوجها الاب أو غيره •

٢ ـ البكر اذا زوجها غير الاب • أما اذا زوجها الاب فلا تستأذن على الراجح وقيل تستأذن :

جاء فى كتاب الخلاف للطوسى [1] اذا بلغت الحرة الرشيدة ملكت العقد على نفسها وزالت عنها ولاية الأب والجد الا اذا كانت بكرا فان الظاهر من رواية أصحابنا أنه لا يجوز لها ذلك وفى أصحابنا من قال : البكر أيضا تزول ولا يتهما عنها فأما غير الأب والجد فلا ولاية لأحد عليها سواء كانت بكرا أو ثيبا والأمر اليها فتتزوج كيف شاءت بنفسها أو توكل فى ذلك بلا خلاف بين أصحابنا لاجماع الفرقة واخبارهم • ولقوله تعالى « فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن » فأضاف النكاح اليهن وروى عن ابن عباس عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « الايم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن فى نفسها واذنها صماتها » والايم التى لا زوج لها وهو عام • وروى عن ابن عباس عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال « ليس للولى مع الثيب أمر » وهذا نص واجماع الفرقة منعقد فى خبر الثيب وفى البكر فيمن عدا الاب والجد لا يختلفون فيه •

وفيه أيضا [2] البكر ان كانت كبيرة فالظاهر فى الروايات أن للاب والجد أن يجبراها على النكاح ويستحب لهما أن يستأذناها واذنها صماتها • وقال قوم من أصحابنا ليس لوليها اجبارها على النكاح كالثيب الكبيرة •

لقوله تعالى « وانكحوا الايامى منكم والصالحين من عبادكم وامائكم » والايم التى لا زوج لها بكرا كانت أو ثيبا • فالظاهر أن له اجبار الكل لانه لم يفرق بين الصغيرة فوجب حمل الآية على عمومها الى أن يقوم دليل على تخصيصها • وروى ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الثيب أحق بنفسها

---

(١) مسالة ٦ ج ٢ ص ١٤٠ •

(٢) ج ٢ ص ١٤٤ مسالة ١٠ •

من وليها والبكر تستأذن فى نفسها وأذنها صماتها » .

وروى عن ابن ميمون عن أبى عبد الله عليه السلام قال اذا كانت الجارية بين أبويها فليس لها مع أبويها أمر واذا كانت قد تزوجت لم يزوجها الا برضا منها .

هذا (١) ـ والثيب اذا كانت صغيرة قد ذهبت بكارتها أما بالزواج أو بغيره جائز لابيها العقد عليها ولجدها مثل ذلك قبل البلوغ وحكمها حكم الصغيرة البكر .

مذهب الاباضية (٢) :

تستأمر من النساء :

١ ـ البكر البالغة العاقلة لقوله صلى الله عليه وسلم « البكر تستأمر فى نفسها » أى يطلب منها الامر والاذن واذنها صماتها .

وقيل لابد من استئمار البكر ولو غير بالغة وأن لها اذنا وهو ظاهر الحديث وظاهر الحديث أن البكر لا يزوجها الاب ولا غيره الا باستئمار وصرحت بذلك رواية « لا تنكح البكر حتى تستأذن » وعنه صلى الله عليه وسلم « أمر النساء الى أبائهن ورضاهن السكوت » رواه أبو موسى الاشعرى . وهذا يدل على أنه لابد من رضاهن ولو كان المزوج أبا .

(١) مسألة ١٥ ص ١٤٦ ج ٢ كتاب الخلاف للطوسى .
(٢) شرح النيل حـ ٣ ص ٧٤ ، ٧٥ ، ٧٦ .

٢ ـ الثيب (٣) البالغة العاقلة . فان قوله صلى الله عليه وسلم « والثيب تعرب عن نفسها » فى الثيب البالغة العاقلة وأما الثيب الطفلة فيزوجها الاب كالبكر عندنا .

وقد روى جابر بن زيد عن عائشة عنه صلى الله عليه وسلم كانت خنساء بنت حذام الانصارية زوجها أبوها وهى ثيب فكرهت ذلك فأتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبرته فرد نكاحها .

وقوله صلى الله عليه وسلم « الايم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن فى نفسها واذنها صماتها » وقوله صلى الله عليه وسلم « لا تنكح الايم أى الثيب » كما رواه الحسن بلفظ الثيب حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن » وقوله صلى الله عليه وسلم « استأمروا النساء فى أمرهن فان الثيب لا تنكح حتى تستأمر والبكر تستأذن واذنها صماتها » وقوله صلى الله عليه وسلم « استأمروا النساء فى ابضاعهن والحتوهن بأهوائهن والمعنى أطلبوا منهن الاذن فى فروجهن » .

بم يكون اذن المستأمرة ورضاها

مذهب الحنفية (٤) :

المستأمرة اما أن تكون ثيبا واما أن

(٣) شرح النيل ج ٣ ص ٧٤ ، ٧٥ ، ٧٦ .
(٤) بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ج ٢ ص ٢٤١ وما بعدها .

تكون بكرا • فان كانت ثيبا فرضاها يعرف بالقول تارة وبالفعل أخرى • أما القول فهو التنصيص على الرضا وما يجرى مجراه نحو أن تقول رضيب أو أجزت أو نحو ذلك والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم « الثيب يعرب عنها لسانها » •

وأما الفعل فنحو التمكين من نفسها والمطالبة بالمهر والنفقة ونحو ذلك لان ذلك دليل الرضا والرضا يثبت بالنص مرة — أي القول منها وبالدليل أخرى وهو الامارات الدالة على الرضا والاصل فيه ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال لبريرة ان وطئك زوجك فلا خيار لك • ولو زوجها [١] أبوها فسكتت لم يكن سكوتها رضا بالنكاح لان الاصل فى السكوت أن لا يكون رضا لكونه محتملا فى نفسه وانما أقيم الرضا فى البكر لضرورة الحياء والثابت بالضرورة لا يعدو موضع الضرورة ولا ضرورة فى حق الثيب فلهذا لا يكتفى بسكوتها عند الاستئمار ولا اذا بلغها العقد •

ولا فرق [٢] بين كون المستأمر وليا أو أجنبيا أو وليا غيره أقرب منه فى اشتراط الرضا بالقول ونحوه بالنسبة للثيب •

وان كانت بكرا [٣] فان رضاها يعرف بهذين الطريقين وبثالث وهو السكوت اذا لم يكن الذى باشر العقد أجنبيا أو وليا بعيدا مع وجود الاقرب وهذا استحسان •

لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال « تستأمر النساء فى ابضاعهن فقالت عائشة رضى الله عنها ان البكر تستحى يا رسول الله فقال صلى الله عليه وسلم اذنها صماتها وروى سكوتها رضاها وروى سكوتها اقرارها وكل ذلك نص فى الباب وروى البكر تستأمر فى نفسها فان سكتت فقد رضيت وهذا أيضا نص ولان البكر تستحى عن النطق بالاذن فى النكاح لما فيه من اظهار رغبتها فى الرجال فتنسب الى الوقاحة فلو لم يجعل سكوتها [٤] اذنا ورضا بالنكاح دلالة وشرط نطقها وهى لا تنطق عادة لفاتت عليها مصالح النكاح مع حاجتها الى ذلك وهذا لا يجوز •• والقياس ألا يعتبر السكوت رضا ولكن ترك القياس للنص •

وكذلك [٥] يكون سكوتها رضا اذا كان المستأمر رسول الولى لانه قائم مقامه فيكون سكوتها عند استئذانه رضا • وعن الكرخى يكفى سكوتها وان كان المستأمر أجنبيا لان استحياءها منه أكثر منه مع الولى •

والمراد [٦] بالسكوت السكوت الاختيارى

---

(١) المبسوط جـ ٥ ص ١٠ .
(٢) حاشية الطحطاوى على الدر المختار جـ ٢ ص ٣١ .
(٣) بدائع الصنائع ٢ ص ٢٤١ وما بعدها .
(٤) بدائع الصنائع جـ ٢ ص ٢٤١ وما بعدها .
(٥) الفتح على الهداية جـ ٢ ص ٣٩٩ .
(٦) الفتح على الهداية جـ ٢ ص ٣٩٨ .

فلو أخذها سعال أو عطاس أو أخذ فمها فخلصت فردت الاذن ارتد ولا فرق بين العلم والجهل كما فى كتاب التجنيس حتى لو زوجها أبوها فسكتت وهى لا تعلم أن السكوت رضا جاز . ولو تبسمت يكون اذنا فى الصحيح وقيل اذا ضحكت كالمستهزئة لا يكون رضا وضحك الاستهزاء لا يخفى على من يحضره . واذا بكت بلا صوت لا يكون ردا وقد اختير هذا للفتوى . وعن أبى يوسف فى البكاء أنه رضا لانه لشدة الحياء . وعن محمد رد لأن وضعه لاظهار الكراهة والمعول عليه اعتبار قرائن الاحوال فى البكاء والضحك فان تعارضت أو أشكل احتيط .

ويعتبر [1] فى كون السكوت رضا فى الاستئمار تسمية الزوج على وجه تقع به المعرفة لها — أما باسمه كازوجك من فلان أو فلان أو فى ضمن العام لا كل عام نحو من جيرانى أو بنى عمى وهم محصورون معروفون لها لان عند ذلك لا يعارض كون سكوتها رضا معارض .

بخلاف من بنى تميم أو من رجل لانه لعدم تسميته يضعف الظن .

ولو زوجها [2] بحضرتها بغير كفء فسكتت لم يكن رضا فى قول محمد بن سلمة وهو قول أبى يوسف ومحمد ولا يشترط[3] فى كون السكوت رضاً تسمية المهر وقيل يشترط لاختلاف الرغبة باختلاف الصداق قلة وكثرة والصحيح الاول لأن للنكاح صحة بدونه . وصحح فى شرح الوافى أن المزوج ان كان الاب أو الجد لا تشترط والا اشترط . لأن الاب لو نزل عن مهر المثل لا يكون الا لمصلحة تربو عليه فان سمى مهرا أقل من مهر المثل لا يكون سكوتها رضا . والاوجه الاطلاق وما ذكر من التفصيل ليس بشىء لأن ذلك فى تزويجه الصغيرة بحكم الجبر والكلام فى الكبيرة التى وجبت مشاورته لها والاب فى ذلك كالاجنبى لا يصدر عن شىء من أمرها الا برضاها . غير أن رضاها يثبت بالسكوت عند عدم ما يضعف ظن كونه رضا واختلف [4] فيما اذا زوجها غير كفء فبلغها فسكتت فقال الصاحبان لا يكون رضا وقيل فى قول أبى حنيفة يكون رضا ان كان المزوج أبا أو جدا وان كان غيرهما فلا كما فى الخانية .

ولو زوجها [5] فبلغها الخبر فسكتت فهو على ما ذكرنا من أنها ان سكتت أو ضحكت بلا استهزاء أو بكت بغير صوت فهو رضا والا فلا . وقال ابن مقاتل لا يكون السكوت بعد العقد رضا لان اعتبار السكوت السابق رضا على خلاف القياس بالنص وأما اللاحق فالحاجة الى الاجازة . والسكوت لا يكون اجازة لانه ليس فى معنى المنصوص فان السكوت عند الاستئمار دليل على الرضا وبعده اذا بلغها الخبر ليس كذلك فلا يثبت الرضا هنا بمجرد السكوت .

(١) الفتح على الهداية جـ ٢ ص ٣٩٩ .
(٢) فتح القدير جـ ٢ ص ٣٩٨ .
(٣) فتح القدير جـ ٢ ص ٣٩٩ .
(٤) البحر الرائق لابن نجيم جـ ٣ ص ١١٣ .
(٥) الفتح على الهداية جـ ٢ ص ٤٠٠ ، ٤٠١ .

وعن أبي يوسف السكوت بعد العقد ردّ ذكره في البدائع قال وهو قول محمد والاصح الاول لان وجه كون السكوت رضا لا يختلف قبل العقد وبعده . فلما كان أذنا قبله لدلالته على الرضا كان أجازة بعده لدلالته عليه . ولا أثر للفرق بكونه ملزما وعدمه على أن الحق أنه ملزم في كل منهما غير أنه في تقدم العقد يثبت به اللزوم في الحال وقبله يتوقف على التزويج من المستأذن .

وعلى هذا فرعوا أنه لو استأذنها في ممين فردت ثم زوجها منه فسكتت جاز على الاصح بخلاف ما لو بلغها فردت ثم قالت رضيت حيث لا يجوز لان العقد بطل بالرد فالرضا بعد ذلك بعقد مفسوخ وكذا استحسنوا التجديد عند الزفاف فيما اذا زوج قبل الاستئذان اذ غالب حالهن اظهار النفرة عند فجأة السماع . والاوجه عدم الصحة لان ذلك الرد الصريح لا ينزل عن تضعيف كون ذلك السكوت دلالة الرضا ولو كانت قالت قد كنت قلت لا أريده ولم تزد على هذا لا يجوز النكاح للاخبار بأنها على امتناعها .

وابلاغها بالنكاح [1] أن يرسل اليها وليها رسولا يخبرها بذلك عدلا كان أو غير عدل فان أخبرها فضولي فلابد من العدد أو العدالة لأنه خبر يشبه الشهادة من وجه فيشترط أحد وصفي الشهادة وعند الصاحبين لا يشترط ذلك لانه خبر كسائر الاخبار .

(١) الاختيار شرح المختار حـ ٢ ص ١٥٤ .

ومن زالت بكارتها [2] بوثبة أو حيضة أو حمل ثقيل تزوج كالابكار اتفاقا وكذا اذا فارقها الزوج لجب أو عنة أو طلقها قبل الدخول ولو بعد الخلوة وكذا اذا مات بعد الخلوة قبل الدخول لانها في هذه الصور كلها بكر حقيقة لانها لم يصبها أحد .

وان زالت بكارتها بزنا مشهور أو وطء بشبهة أو نكاح فاسد زوجت كالثيبات اتفاقا وان زالت بزنا غير مشهور فهو محل الخلاف فعند الصاحبين تزوج كالثيب وعند الامام كالبكر وجه قولهما أنها ثيب حقيقة فان مصيبها عائد اليها .

وله أنها عرفت بكرا فتمتنع عن النطق مخافة أن يعلم زناها حياء من ظهوره وذلك أشد من حيائها بكرا من اظهار الرغبة فيثبت الجواز بدلالة نص سكوت البكر .

مذهب المالكية [3] :

يعتبر صمت البكر رضا بالزوج والصداق ولا يشترط نطقها وندب اعلامها بأن صمتها رضا منها ولا يقبل منها بعد العقد

(٢) فتح القدير حـ ٢ ص ٤٠٢ ، ٤٠٣ .
(٣) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي جـ ٢ ص ٢٢٧ ، ٢٢٨ .

دعوى جهلها أن صمتها رضا فى تأويل أكثر العلماء لشهرته عند الناس ولو كان شأنها الجهل والبلاده وتأويل الاقل أنه يقبل دعواها أنها تجهل أن الصمت رضا وهو مبنى على وجوب اعلامها به وقال حمديس ان عرفت بالبله وقلة المعرفة قبل دعواها الجهل والا فلا تقبل دعواها فالمسألة ذات أقوال ثلاثة .

وان منعت الزواج بالقول حين عرض عليها الصداق أو الزوج بأن قالت لاأتزوج أو نفرت بالفعل بأن قامت أو غطت وجهها حتى ظهرت كراهتها لم تزوج لعدم رضاها فان زوجت فسخ نكاحها أبدا ولو بعد بناء وطول ولو أجازته .

وان ضحكت أو بكت فتزوج لاحتمال أن بكاها على فقد أبيها : فان علم أنه منع لم تزوج .

ومن زوجها [1] وليها بغير اذنها ثم أعلمها بالقرب فرضيت جاز ولا يعد صماتها هنا رضا وان كانت بغير البلد أو فيه وتأخر اعلامها لم يجز وان رضيت .

والثيب غير المجبرة [2] تعرب عما فى نفسها من الرضا بالزوج والصداق وعدم الرضا بهما أو بأحدهما ويشاركها فى ذلك سبعة أبكار بكر رشدت من أب أو وصى فلا بد من نطقها له . وبكر عضلت أى منعها أبوها من النكاح فرفعت أمرها للحاكم فزوجها فلابد من نطقها . وبكر زوجت بعرض وهى من قوم لا يزوجون به وليست مجبرة فلابد من نطقها بالرضا بذلك العرض . وبكر زوجت بعبد فلابد من نطقها ولو مجبرة . وبكر زوجت بزوج ذى عيب لها فيه خيار كجنون وجذام ولو مجبرة فلابد من نطقها .

وبكر يتيمة لابد من أذنها بالقول ولكن المعتمد أنه يكفى صمتها .

وبكر غير مجبرة أفتيت عليها أى تعدى عليها وليها غير المجبر فزوجها بغير اذنها ثم وصل لها الخبر فرضيت بذلك فلابد من رضاها بالقول ولا يكفى الصمت.

ويشترط لصحة نكاح المفتات عليها سواء كانت بكرا أو ثيبا رضاها بذلك العقد بالنطق وأن يكون رضاها قريبا زمنه من العقد وأن تكون المرأة فى البلد التى وقع فيها العقد افتياتا وأن لا يقر الولى الذى وقع منه الافتيات بالافتيات حالة العقد والا يقع منها رد قبل الرضا .

مذهب الشافعية [3] :

١ ــ تزوج الثيب العاقلة البالغة الخرساء باشارتها المفهمة أو بكتابتها كما بحثه الأذرعى وهو ظاهر أن نوت به الاذن .

---

(١) التاج والاكليل للمواق على الحطاب جـ ٣ ص ٤٣٤ .

(٢) الشرح الكبير جـ ٢ ص ٢٢٧ ، ٢٢٨ .

(٣) نهاية المحتاج الى شرح المنهاج للرملى جـ ٥ ص ١٧٦ ، ١٧٧ .

فلو لم تكن اشارة مفهمة ولا كتابة فالأوجه أنها كالمجنونة فيزوجها الاب ثم الجد ثم الحاكم دون غيرهم .

أما الناطقة العاقلة فتزوج بصريح الاذن ولو بلفظ الوكالة للاب أو غيره أو بقولها أذنت له فى أن يعقد لى وأن لم تذكر نكاحا كما بحثه بعضهم .

لقوله صلى الله عليه وسلم « ليس للولى مع الثيب أمر » وقولها رضيت أن أزوج أو رضيت فلانا زوجا متضمن للاذن للولى فله أن يزوجها به بلا تجديد استئذان ويشترط عدم رجوعها عنه قبل كمال العقد لكن لا يقبل قولها فى الرجوع الا ببينة قال الاسنوى وغيره ولو أذنت له ثم عزل نفسه لم ينعزل كما اقتضاه كلامهم لأن ولايته بالنص فلم يؤثر فيها عزله لنفسه ، وتقييد بعضهم له بما اذا كان قبل الاذن والا كان رده أو عضله ابطالا له فلا يزوجها الا باذن جديد فيه نظر .

٢ ــ والرضا الكافى فى العقد (١) يحصل باذنها أو ببينة أو باخبار وليها مع تصديق الزوج وعكسه وشمل ذلك الحاكم وبه أفتى القاضى والبغوى . وما قاله ابن عبد السلام والبلقينى من أن الحاكم لا يزوجها حتى يثبت عنده اذنها لأنه يلى ذلك بجهة الحكم فيجب ظهور مستند مبنى على أن تصرف الحاكم حكم والصحيح خلافه . وأفتى البغوى بأن الشرط أن يقع فى قلبه صدق المخبر له بأنها أذنت له وكلام القفال والقاضى يؤيده .

ويستحب الاشهاد على رضا المرأة حيث يعتبر رضاها احتياطا ليؤمن انكارها وبحث الاذرعى ندبه على المجبرة البالغة لئلا ترفعه لمن يعتبر اذنها وتجحده فيبطله .

وسواء(٢) فى وجود الثيوبة المقتضية لاعتبار اذنها زوال البكارة بوطء حلال أو حرام أو شبهة وان عادت . وان كان الوطء حالة النوم أو نحوه لانها فى ذلك تسمى ثيبا . فيشملها الخبر .

ولا أثر لزوالها بلا وطء كسقطة وحدة حيض وأصبع فى الاصح ولا لو طئها فى الدبر لعدم ممارستها للرجال بالوطء فى محل البكارة وهى على غباوتها وحيائها .

وتصدق المكلفة فى دعوى البكارة ولو فاسقة بلا يمين كما قاله ابن المقرى وبيمينها فيما يظهر فى دعوى الثيوبة قبل العقد وان لم تزوج ولا تسأل عن الوطء . فان ادعت الثيوبة بعد العقد وقد زوجها وليها من غير اذنها نطقا فهو المصدق بيمينه . لما فى تصديقها من ابطال النكاح بل لو شهدت أربع نسوة بثيوبتها عند العقد لم يبطل لجواز

(١) نهاية المحتاج الى شرح المنهاج للرملي جـ ٥ ص ١٧١ ، ١٧٢ .

(٢) نهاية المحتاج جـ ٥ ص ١٧٦ .

ازالتهـــا بنحـــو أصـــبع أو أنهـــا خلقت بدونهـــا كمـــا ذكره المـــاوردي والـــروياني وان أفتى القـــاضي بخلافه .

ويكفي[١] في البكر البـــالغة اذا استؤذنت وان لم يعلم الزوج ســـكوتها الذى لم يقترن بنحـــو بكاء مـــع صـــياح أو ضرب خـــد للمجبر قطعا ولغيره بالنســـبة للنكاح ولـــو بغير كفء وان ظنتـــه كفؤا لا لدون مهـــر المثـــل أو كونه من غـــير نقـــد البلد في الاصح لخبر مسلم وأذنهـــا سكوتهـــا ولقوة حيائها ومقـــابل الاصح قال لابد من النطق كمـــا في الثيب . وكسكوتهـــا قولهـــا لم لا يجوز أن آذن جوابا لقـــوله أيجـــوز أن أزوجك أو تأذنين .

أما اذا لم تستأذن وانما زوج بحضرتهـــا فلا يكفي ســـكوتها وأفتى البغـــوى بأنهـــا لو أذنت مخبرة ببلوغها فزوجت ثم قالـــت لم أكن بالغة حين أقررت صـــدقت بيمينهـــا وفيـــه نظـــر اذ كيف يبطل النـــكاح بمجرد قولهـــا الســـابق منهـــا نقيضـــه لا ســـيما مـــع عـــدم ابدائهـــا عذرا في ذلك .

والمعتق وعصبته والسلطان كالاخ فيزوجون الثيب البالغـــة بصريح الاذن والبكر البالغـــة بســـكوتها .

مذهب الحنـــابلة :

اذن الثيب الكلام واذن [٢] البكر الصمات

أما الثيب فلا خلاف بين أهل العلم في أن اذنها الكلام للخبـــر وأن اللســـــان هـــو المعبر عمـــا في القلب . وهو المعتبر في كل موضـــع يعتـــبر فيه الاذن غير أشـــــياء يســـيرة أقيم الصمت فيهـــا مقـــامه لعارض ولا فرق بين الثيوبة بوطء مبـــاح أو محرم . وجملته أن الثيب المعتبـــر نطقها هي الموطوءة في القبـــل ســـواء كان الوطء مبـــــاحا أو محـــرما لقوله عليـــه الســـلام الثيب تعرب عن نفسهـــا . ولان قوله عليـــه الســـلام لا تنكح الايم حتى تستأمر ولا تنكح البـــكر حتى تستأذن واذنهـــا أن تسكت . يدل على أنه لابد من نطق الثيب لانه قســـم النساء قسمين فجعـــل السكوت اذنا لاحدهما فوجب أن يكون الاخـــر بخـــلافه وهـــذه ثيب فان الثيب الموطوءة في القبـــــل وضـــده كذلك ولانه لو وصى لثيب النســـاء دخلت في الوصية ولو وصى للابكار لم تدخـــل ولو شرطهـــــا في التزويج أو الشراء بكرا فوجـــدها مصابة بالزنا ملك الفسخ ولانها موطوءة في القبـــل أشبهت الموطوءة بشبهة . والتعليل بالحيـــاء لا يصح فانه أمر خفي لا يمكن اعتبـــــاره بنفســـه وانمـــا يعتبر بمظنـــة وهي البكارة ثم هـــذا التعليـــل يفضي الى ابطال منطوق الحديث فيكون باطلا في نفســـه . ولا فرق بين المـــكرهة والمطـــاوعة وعلى هـــذا ليس لابيها اجبارها اذا كانت بالغـــة .

وأما البكر فاذنهـــا صماتهـــا ولا فرق بين كون الولى أبا أو غيره . لقوله عليـــه الصلاة والســـلام ولا تنكح الايم حتى تستأمر ولا تنكح البـــكر حتى تســـتأذن . فقـــالوا

(١) نهاية المحتاج جـ ٥ ص ١٧٧ .
(٢) المغنى لابن قدامة جـ ٧ ص ٣٨٧ ، ٣٨٨ الشرح الكبير جـ ٧ ص ٤٠١ — ٤٠٥ .

يا رسول الله فكيف اذنهـا ؟ قال أن تسكت وفى رواية عن عائشة أنها قالت يا رسول الله ان البكر تستحى قال رضاها صمتها متفق عليه وفى رواية تستأمر اليتيمة فى نفسها فان سكتت فهو اذنها • وهذا صريح فى غير ذات الاب والاخبار فى هذا كثيرة ولان الحياء عقلة على لسانها يمنعها النطق بالاذن ولا تستحى من ابائها وامتناعها فاذا سكتت فهو اذنها • واذا سكتت غلب على الظن أنه كرضاها فاكتفى به •

فاذا أذنت بالنطق فهو أبلغ وأتم • وان ضحكت أو بكت فهو بمنزلة سكوتها لما روى أبو بكر باسناده عن أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم تستأمر اليتيمة •••

فان بكت [١] أو سكتت فهو رضاها وان أبت فلا جواز عليها • ولانها غير ناطقة بالامتناع مع سماعها للاستئذان فكان أذنا منها كالصمات والضحك والبكاء يدل على فرط الحياء لا على الكراهة ولو كرهت لامتنعت فانها لا تستحى من الامتناع والحديث يدل بصريحه على أن الصمت اذن وبمعناه على ما فى معناه من الضحك والبكاء ولذلك أقمنا الضحك مقامه •

ومن [٢] ذهبت بكارتها بغير الوطء كالوثبة أو شدة حيضة أو اصبع أو عود فحكمها حكم الابكار ذكره ابن حامد لانها لم تتخير المقصود ولا وجد وطئوها فى القبل فاشبهت من لم تزل عذرتها واذا زوجت التى يعتبر أذنها بغير اذنها فالنكاح باطل فى أصح الروايتين عن أحمد وفى رواية يكون موقوفا على أجازتها واجازتها بالنطق أو ما يدل على الرضا من التمكين من الوطء أو المطالبة بالمهر والنفقة ولا فرق فى ذلك بين البكر والثيب ، لان أدلة الرضا تقوم مقام النطق به ولذلك قال النبى صلى الله عليه وسلم لبريرة « ان وطئك زوجك فلا خيار لك » جعل تمكينها دليلا على اسقاط حقها والمطالبة بالمهر والنفقة والتمكين من الوطء دليل على الرضا لان ذلك من خصائص العقد الصحيح فوجوده من المرأة دليل رضاها •

مذهب الظاهرية : [٣]

كل ثيب اذنها فى نكاحها لا يكون الا بكلامها بما يعرف به رضاها لقوله صلى الله عليه وسلم « لا تنكح الايم حتى تستأمر » •

وكل بكر لا يكون اذنها فى نكاحها الا بسكوتها فان سكتت فقد أذنت ولزمها النكاح • فان تكلمت بالرضا أو بالمنع أو غير ذلك فلا ينعقد بهذا النكاح عليها • لأن الرسول صلى الله عليه وسلم أبطل النكاح عن البكر ما لم تستأذن فتسكت وأجازه اذا استؤذنت فسكتت بقوله :

(١) المرجع السابق .
(٢) المغنى ج ٧ ص ٣٦٧ ، ٣٦٨ .

(٣) المحلى لابن حزم ج ٩ ص ٤٧١ .

« لا تنكح البكر حتى تستأذن ؛ وأذنها صمتها » والصحابة لم يعرفوا ما اذن البكر حتى سألوا رسول الله صلى الله عليه وسلم عنه والا كان سؤالهم فضولا وحاش لهم من ذلك وما علمنا أحدا من السلف روى عنه أن كلام البكر يكون رضا • وروى عن عمر بن الخطاب وعلى وغيرهما أن اذنها هو السكوت •

مذهب الزيدية[1] :

يعتبر فى البكر الاستئذان بمعنى طلب الاذن وهو يكتفى فيه بما يدل على رضاها من سكوت أو غيره لما روى عن أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا تنكح الأيم حتى تستأمر ، ولا تنكح البكر حتى تستأذن » ولهذا سألوا عن كيفية اذنها لما أشكل عليهم فأجاب صماتها ، أى سكوتها وفيه ابقاء لصيانة وجهها لأن كلامها فى ذلك لا يليق بالابكار وفى جعل سكوتها قائما مقام صريح النطق محافظة على تحصيل مصلحة النكاح للنساء وعلى التيسير ورفع الحرج فى دينه صلى الله عليه وسلم فدل على أنه اذا تعذر الاكمل فى طريق المصالح أو تعسر اعتبر الممكن • وقيل ينبغى أن تعرف أن سكوتها اذن فان كرهت تكلمت •

وأما الثيب فيعتبر فى حقها الاستئمار وفيه اشعار بأنه لابد من التلفظ بالامر لامكانه من الثيب حيث أنه لا يلحقها من الخجل ما يلحق البكر •

وقد استنبط العلماء من دلالة السكوت على الرضا تعديته الى ما يقوم مقامه مما فيه اشعار به كالضحك والهرب وتغطية الوجه • قال المؤيد بالله وكذلك بكاؤها وفرق بعضهم بين الدمع ، فان كان حارا دل على المنع وان كان باردا دل على الرضا ما لم يقترن باللطم والصياح فدليل الكراهية • قال الامام يحيى : العبرة بما تقتضيه القرينة فى تلك الحال •

وهو[2] كلام جيد ينبغى أن يكون معيارا فى الجميع •

ولو[3] ذهبت بكارتها بغير وطء فكالبكر كما لو لم يخلق لها بكارة •

والموطوءة بالزنا بكر لقوله صلى الله عليه وسلم البكر بالبكر جلد مائة فسماها بكرا • ولو طال لبثها مع الزوج فلا ثيوبة حتى يفتضها كما اذا لم يطل المكث •

واذا[4] تزوجت المرأة البالغة قبل مراضاتها فان العقد يكون موقوفا فان أجازته بقول أو فعل يفيد التقرير نفذ العقد وان لم تجز بقى موقوفا مع بقاء المتعاقدين والعقد حتى يرد وسواء أكان العاقد هو الولى أم أجنبى •

(١) الروض النضير فى شرح مجموع الفقه الكبير ج ٤ ص ٣١ ، ٣٢ •

(٢) المرجع السابق •
(٣) البحر الزخار ج ٣ ص ٢٨ ، ٢٩ •
(٤) التاج المذهب ج ٢ ص ٣٦ •

مذهب الامامية : (١)

البكر اذنها صماتها والثيب ومن ذهبت عذرتها بالزنا اذنها نطقها لما روى عن النبى عليه السلام أنه قال : « الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن واذنها صماتها » .دل على أن الثيب بخلافها .

مذهب الاباضية(٢) :

من كانت بكرا وهى من لم تتزوج ولو زالت بكارتها بغاصب أو وثبة أو ماء أو ركوب أو زنا أو خلقت بلا عذرة . اذنها سكوتها وهذا على اطلاقه . وقيل يكون سكوتها رضا ان قيل لها : ان سكت فسكوتك رضا وعليه الديوان . قال وينبغى له اذا أراد تزويجها أى تقريره واثباته أن يرسل لها أمينين يخبرانها بأنه قد زوجها من فلان ابن فلان الفلانى على كذا من الصداق . ويقولان لها ان سكت فهو رضاك فعلى هذا يلزمها ان سكتت . واستحب بعضهم اعلام البكر أن سكوتها اذن . وقيل ان ظهرت علامة السخط منها لم تنكح ولو سكتت والصحيح ان اذنها صمتها ولو لم يقل لها ذلك . لقوله صلى الله عليه وسلم : « البكر تستأمر فى نفسها واذنها صمتها » والحديث فى البكر البالغة العاقلة.

وانما جعل سكوتها رضا لأنها قد تستحى أن تفصح ومثل السكوت الضحك والبكاء والصيحة .

(١) المسلتين ١٦ ، ١٠ جـ ٢ ص ١٤٤ ، ١٤٦ ، من كتاب الخلاف

(٢) شرح النيل جـ ٣ ص ٧٤ ــ ٧٦ .

ومن كانت ثيبا (٣) وهى من تزوجت ولو لم تزل بكارتها تفصح عن نفسها بأن تقول لا أو نعم .

لقوله عليه الصلاة والسلام والثيب تعرب عن نفسها وهى من زالت بكارتها فقط وألحق بها من دخل عليها الزوج ومن طلقت فى مجلس العقد أو نكحت فاسدا أو مسها فى طفولية ثم فارقته وبلغت .. وقيل لا تلحق بالثيب بل هى بكر ما لم تزل بكارتها مطلقا وثيب اذا أزيلت على الاطلاق أو ولدت بدونها .

واذا منعت الثيب لم يمض عليها فعل الولى مطلقا عندنا . الا ابن عباد كأهل المدينة فانهم أمضوا عليها فعل الأب ولو ردته وفى الديوان : وقيل جاز على البكر والثيب فعل وليهما ولو أنكرتا والحديث فى الثيب البالغة .

والحديث المذكور فى جملة أحاديث ومعناها ــ اطلبوا منهن الاذن فى فروجهن بأن تقولوا هل تريدين التزوج أو هل تريدين التزوج بفلان فان أنصت (قبلت) فذاك واذا ذكر لها الولى أحدا فهوت غيره ممن هو كفء ويصلح لها فلا يمنعها . وان أعلم الولى البكر بالزواج فقامت أو قعدت أو أخذت فى عمل ما لزمها ولو أنكرت بعد . وان أكلت الثيب طعام الزوج أو لبست ثيابه أو سكنت داره على التزويج فرضا . وقيل لا وان أمكنته من نفسها

(٣) شرح النيل جـ ٣ ص ٧٤ ــ ٧٦ .

فجامعها أو تعرت قدامه فرأى ما بطن بعد علمها بالنكاح فرضا لا ان مسته هي ؟

وان أخبرها أمينان أن وليها زوجها من فلان ورضيت فظهر غيره لم يلزمها ولزمها اذا رضيت فظهر الصداق أقل مما قيل لها أو التزويج فى غير الوقت المذكور لها .

وان قالت زوجنى بمن شئت فلابد من أن تخبر بعد العقد فتقبل أو ترد . وان قالت زوجنى بفلان فزوجها به فكذلك وقيل لا نجد فى هذا رجوعا وفى ذلك قول أنها لا تجد الانكار اذا أباحت له أن يزوجها ولو لم تعين رجلا .

هذا [1] والثيب لا يحكم عليها بالرضا ما لم تصرح به أو يصدر منها ما يدل عليه كتمكينها زوجها منها .

حكم الاستثمار

يتضح مما تقدم أن الفقهاء مختلفون فى حكم تزويج من تستأذن اذا وقع بغير اذنها على الوجه الآتى :

مذهب الحنفية[2] :

الرضا فى نكاح البالغة شرط الجواز فاذا زوجت بغير اذنها توقف التزويج على رضاها فان رضيت جاز وان ردت بطل .

مذهب المالكية : [3] .

ان زوج البكر وليها بغير اذنها ثم أعلمها بالقرب فرضيت جاز . وان كانت بغير البلد أو فيه وتأخر اعلامها لم يجز وان رضيت قال ابن سلمون أن زوجها بغير اذنها فالمشهور أنه جائز اذا أعلمها بالقرب .

وعبارة ابن يونس : من زوج أخته البكر أو الثيب بغير أمرها قال سحنون وان كانت عن البلد غائبة كالقلزم من مصر وبينهما يومان فهو قريب اذا أرسل اليها فى فور ذلك فأجازت وأما مثل الاسكندرية فلا . وفى الشرح الكبير [4] وحاشيته أن البكر اذا منعت بالقول حين عرض عليها الصداق أو الزوج بأن قالت لا أتزوج أو نفرت بالفعل بأن قامت أو غطت وجهها حتى ظهر كراهتها لم تزوج لعدم رضاها. فان زوجت فسخ نكاحها أبدا ولو بعد بناء وطول ولو أجازته .

مذهب الشافعية :

الاذن[5] ليس ركنا فى العقد بل هو شرط فيه واذا فقد شرط[6] من شروط الصحة بطل النكاح ومحل اعتبارها ان لم يكن من المرأة اذن فى التزويج .

مذهب الحنابلة[7] :

اذا زوجت المرأة المعتبر اذنها بغير اذنها

---

(١) شرح النيل جـ ٣ ص ٧٨ .

(٢) بدائع الصنائع فى ترتيب الشرئع جـ ٢ ص ٢١١ .

(٣) التاج والاكليل للمواق على الحطاب جـ ٣ ص ٤٣٤ .

(٤) الشرح الكبير جـ ٢ ص ٢٢٧ .

(٥) نهاية المحتاج جـ ٥ ص ١٧١ .

(٦) حاشية العلامة القليوبى جـ ٣ ص ٢٢٢ .

(٧) المغنى جـ ٧ ص ٣٦٥ ، ٣٦٦ .

فالنكاح باطل فى أصح الروايتين نص أحمد عليه فى مواضع. وعن أحمد رواية أخرى أنه يقف على الاجازة فان أجازته جاز وان لم تجزه فسد لأنه عقد لا يثبت فيه أحكامه من الطلاق والخلع واللعان والتوارث وغيرها فلم ينعقد كنكاح المعتدة . وان مات أحدهما قبل الاجازة لم يرثه الآخر لأنه مات قبل تمام العقد وصحته ...

وفيه وجه آخر ان كان مما لو رفع الى الحاكم اجازه ورثه الآخر لأنه عقد يلزمه اجازته فهو كالصحيح وان كان مما يفسخه لم يرثه .

مذهب الظاهرية[1] :

بطلان النكاح عن البكر ما لم تستأذن فتسكت وجوازه اذا استؤذنت فسكتت . لقوله عليه الصلاة والسلام « لا تنكح البكر حتى تستأذن واذنها صماتها » وقد جاء فى رد انكاح الأب ابنته الثيب بغير اذنها حديث خنساء بنت حذام .

مذهب الزيدية[2] :

اذا زوجت المرأة البالغة قبل مراضاتها كان العقد موقوفا فان أجازته بقول أو فعل يفيد التقرير نفذ العقد وان لم تجز بقى موقوفا مع بقاء المتعاقدين والعقد حتى يرد . وسواء كان العاقد هو الولى أم أجنبى ثم أجازت هى والولى وقبل أن ترضى لا نفقة لها ولا مهر ولا توارث بينهما .

مذهب الامامية[3] :

لو زوج الرجل بنته الثيب الكبيرة الرشيدة أو أخته الكبيرة الرشيدة بغير اذنها فهو باطل ولا يقف على أجازة أحد . لأن العقود الشرعية تحتاج الى أدلة شرعية ولا دليل على أن هذه العقود واقفة على الاجازة فوجب القضاء بفسادها .

مذهب الاباضية[4] :

كل نكاح وقع بلا رضا المرأة فهو باطل مردود الا أن يصحح ويجاز قبل المس واما بعد المس فأجازته لا تفيد شيئا لأن ذلك الوطء زنا اذا كان ذلك العقد مردودا باطلا ولعلهم لم يبطلوه لأن ذلك ليس زنا محضا بل على رسم التزوج لكن لا تجد هذا مطردا فى كلامهم على سائر الصور .

وقت الاستئمار

مذهب الحنفية[5] :

يسن للولى أن يستأمر البكر قبل النكاح ويذكر لها الزوج فيقول ان فلانا يخطبك أو يذكرك فاذا سكتت فقد رضيت . ولما[6] روى أن النبى صلى الله عليه وسلم كان اذا خطب اليه بنت من بناته دنا من خدرها وقال ان فلانا يخطب فلانة

(١) المحلى لابن حزم جـ ٩ ص ٤٦١ .
(٢) التاج المذهب جـ ٢ ص ٣٦ .

(٣) كتاب الخلاف للطوسى ١١ ص ١٤٣ .
(٤) شرح النيل جـ ٣ ص ٧٧ .
(٥) الاختيار شرح المختار جـ ٢ ص ١٥٤ .
(٦) المبسوط جـ ٥ ص ٤ .

ثم ذهب فزوجها ان سكتت وان نكتت خدرها باصبعها لم يزوجها .

مذهب الزيدية[١] :

يندب تقديم المؤاذنة لقوله صلى الله عليه وسلم « لا تنكح البكر حتى تستأمر فان عقد قبلها كان موقوفا » .

مذهب الاباضية[٢] :

اذا أراد الولى أن يعقد النكاح على موليته استأذنها قبله ولو بكرا اقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم فانه كان اذا خطب اليه بنت أمرهن أن يجعلن سترا دونه فيقول ان فلانا ابن فلان خطب الينا فلانة فان رضيتن به فاتركن الستر على حاله والا فحركنه .

الخلاف فى صدور الأمر وأثره

مذهب الحنفية[٣] :

اذا زوج الثيب البالغة ولى فقالت لم أرض ولم آذن وقال الزوج قد أذنت فالقول قول المرأة لأن الزوج يدعى عليها حدوث أمر لم يكن وهو الاذن والرضا وهى تنكر فكان القول قولها .

وأما البكر . اذا تزوجت فقال الزوج بلغك العقد فسكت فقالت رددت فالقول قولها عند أصحابنا الثلاثة لأن المرأة وان كانت مدعية ظاهرا فهى تنكره فى الحقيقة لأن الزوج يدعى عليها جواز العقد بالسكوت وهى تنكر فكان القول قولها .

وقال زفر . القول قول الزوج لأن المرأة تدعى أمرا حادثا وهو الرد والزوج ينكر القول فكان القول قول المنكر .

ثم فى هذين الفرعين لا يمين عليها فى قول أبى حنيفة وفى قولهما عليها اليمين — انظر « استحلاف » .

وان كان[٤] الزوج قد دخل بها ثم قالت لم أرض لم تصدق على ذلك لأن تمكينها الزوج من نفسها أدل على الرضا من سكوتها الا أن يكون دخل بها وهى مكرهة فحينئذ القول قولها لظهور دليل الكراهة منها دون دليل الرضا ولا يقبل عليها قول وليها بالرضا لأنه يقر عليها بثبوت الملك للزوج واقراره عليها بالنكاح بعد بلوغها غير صحيح بالاتفاق وهذا لأنه يملك الزام العقد عليها فلا يعتبر اقراره فى لزوم العقد عليها أيضا

واذا[٥] زوج البكر أبوها من رجل وأخوها من رجل آخر بعده فأجازت نكاح الأخ جاز ذلك عليها . ولم يجز نكاح الأب وهو بناء على أصلنا أن العقد لا يجوز — أى لا ينفذ — الا برضاها سواء كان المباشر أبا أو أخا فانما وجد شرط نفوذ

(١) البحر الزخار حـ ٣ ص ٥٧ .
(٢) شرح النيل حـ ٣ ص ٧٦ .
(٣) بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع حـ ٢ ص ٢٤٣ .

(٤) المبسوط حـ ٥ ص ٦ .
(٥) المبسوط حـ ٥ ص ٨ .

نكاح الأخ وهو رضاها بذلك ومن ضرورة رضاها بنكاح الأخ رد نكاح الاب فلهذا يبطل نكاح الاب .

واذا زوجها وليها بغير أمرها فلم يبلغها حتى ماتت هى أو مات الزوج لم يتوارثا لأن النكاح لا ينفذ عليها الا برضاها والارث حكم يختص بالنكاح الصحيح المنتهى بالموت ولم يوجد فهو بمنزلة النكاح الفاسد اذا مات فيه أحدهما لم يتوارثا .

وان [1] زوجها أبوها وهو عبد أو كافر ورضيت به جاز لأن العقد كان موقوفا على اجازتها ألا ترى أنها لو أذنت فى الابتداء نفذ عقده باذنها فكذلك اذا أجازت فى الانتهاء .

واذا زوج البكر وليها بأمرها [2] وزوجت هى نفسها فان قالت هو الاول — أى أن عقدها هو الأول — فالقول قولها وهو الزوج لأنها أقرت بملك النكاح له على نفسها واقرارها حجة تامة عليها .

وان قالت لا أدرى أيهما أول ولا يعلم ذلك فرق بينهما لأنه لا يمكن تصحيح نكاحهما فان المرأة لا تحل لرجلين بالنكاح وليس أحدهما بأولى من الآخر فيفرق بينها وبينهما لهذا وكذلك لو زوجها وليان بأمرها والثيب والبكر فى هذا سواء .

(١) المرجع السابق .
(٢) المبسوط حـ ٥ ص ٩ .

واذا زوج البكر وليها فأخبرها بذلك فقالت لا أرضى ثم قالت رضيت فلا نكاح بينهما لأن العقد قد بطل بينهما بردها فانما رضيت بعد ذلك بالعقد المفسوخ وذلك باطل . ولهذا جرى الرسم بتجديد العقد عند الزفاف لأنها فى المرة الاولى تظهر الرد وغير ذلك لا يحمد منها ثم لا يزال بها أولياؤها يرغبونها حتى رضيت فلو لم يتجدد العقد كانت تزف الى أجنبى فلهذا استحسنا تجديد العقد عند الزفاف .

مذهب المالكية[3] :

ومن زوج أخته ثم مات الزوج قبل البناء بها فقال ورثته لم تكن رضيت قال مالك تسأل هى الآن فان قالت كنت رضيت فذلك لها ، واذا [4] زوج المرأة ولى غير مجبر وادعى عليها الرضا أو الاذن وأنكرت فان بادرت بالانكار أى عقب علمها بالزوج قبل قولها بلا يمين وان سكتت بعد العلم زمنا غير طويل ثم أنكرت فالقول قولها مع اليمين وان سكتت بعد العلم زمنا طويلا ثم أنكرت لا يقبل انكارها ويلزمها النكاح ولكن لا يمكن الزوج منها الا بعقد جديد احتياطا .

وقال فى التوضيح[5] فى المسائل التى لا يعذر فيها بالجهل — ومنها المرأة تزوج

(٣) مواهب الجليل حـ ٣ ص ٤٣٤ .
(٤) حاشية الدسوقى حـ ٢ ص ٢٤٦ .
(٥) مواهب الجليل حـ ٣ ص ٤٣٤ .

وهي حاضرة فتسكت ولا تنكر حتى يدخل بها الزوج ثم تنكر النكاح وتقول لم أرض به وتدعى الجهل .

مذهب الشافعية[١] :

يقبل اقرار الولى بالنكاح على موليته ان استقل حالة الاقرار بالانشاء وان لم تصدقه البالغة لأن من ملك الانشاء ملك الاقرار به غالبا وان لم يكن مستقلا بالانشاء لانتفاء اجباره حالة الاقرار كأن أدعى وهى ثيب أنه زوجها حين كانت بكرا أو لانتفاء كفاءة الزوج فلا يقبل لعجزه عن الانشاء دون اذنها .

ويقبل اقرار الحرة البالغة العاقلة ولو سفيهة فاسقة سكرانة بكرا أو ثيبا بالنكاح من زوج صدقها على ذلك ولو غير كفء على الجديد وان كذبها الولى وشهود عينتهم أو أنكر الولى الرضا بدون الكفء لاحتمال نسيانهم ولأنه حقها فلم يؤثر انكار الغير له ولابد من تفصيلها الاقرار فتقول زوجنى منه ولى بحضرة عدلين ورضاى ان كانت ممن يعتبر رضاها .

مذهب الحنابلة :

اذا اختلف الزوج والمرأة[٢] فى اذنها قبل الدخول فالقول قولها . لأنها منكرة للاذن والقول قول المنكر ولأنه يدعى أنها استؤذنت وسمعت فصمتت والأصل عدم ذلك وقال القاضى القول قول الزوج لأن التمكين من الوطء دليل على الاذن وصحة البكارة فكان الظاهر معه .

وهل تستحلف المرأة اذا قلنا القول قولها ؟ قال القاضى قياس المذهب أنه لا يمين عليها كما لو ادعى زوجيتها فانكرته لانه اختلاف فى زوجية فلا يثبت بالنكول كما لو ادعى الزوج أصل التزويج فأنكرته .

فان قالت المرأة أنها أذنت وأنكرته ورثة الزوج فالقول قولها لأنه اختلاف فى أمر مختص بها صادر من جهتها فكان القول قولها فيه . كما لو اختلفوا فى نيتها فيما تعتبر فيه نيتها ولأنها تدعى صحة العقد وهم يدعون فساده فالظاهر معها .

مذهب الزيدية[٣] :

من تزوج امرأة ثم مات فادعى ورثته انها لم تأذن فالقول قولها اذ الظاهر الصحة ثم هى أعرف بنفسها .

مذهب الاباضية :

أن استأذن البكر وليها فسكتت فزوجها فأنكرت لم يلزمها وقيل يلزمها ولا يقبل عليها قوله أمرتنى أن أزوجها أو زوجتها فرضيت وان تزوجت امرأة باذن وليها سواء زوجها الولى بغير اذنها أو باذنها فأنكرت

---

(١) نهاية المحتاج حـ ٦ ص ٢٢١ طبعة الحلبى ١٣٥٧ هـ .

(٢) الشرح الكبير حـ ٧ ص ٤٠٥ ، ٤٠٦ .

(٣) انظر باب النكاح فى التاج المذهب .

بعد العقد وقبل الوطء ثم وطئت غلبة ثم أجازت جاز النكاح عند جمهورنا وعند قليل أن ذلك الجماع زنا : أما وجه القليل فلانا نرى تحريم المزنية على زانيها وجه قول الجمهور : انه لم يجامعها على نية الزنا بل على رسم النكاح بولى وشاهدين وقيل أن زوجها الولى باذنها فأنكرت بعد التزويج ومست لم تحرم أو بلا اذنها حرمت .

وان نكحت بأجنبى باذنها أو بغير اذنها لا بولى بل برجل غير ولى أو بلا رجل فأنكرت ثم وطئت فأجازت هى والولى جاز عند الأكثر والصحيح التحريم لان وطئها قبل اجازتها واجازة الولى زنا بها .

وان تزوجت برضاها بالغة بنكاح ظاهر فأنكرت عند سماعها بلا توان قبل انكارها ظاهره [1] انها ان توانت ثم أنكرت لم يقبل منها .

وان أنكرت ثم قالت أنى قد رضيت قبل الانكار صح النكاح سواء ادعت أن الانكار للقهر أو لقلة الصداق أو نحو ذلك أم لا . والأحسن تجديده وأوجب بعضهم تجديده ويأمر — أى الحاكم — بتفريقهما ان لم يرد التجديد . بل أراد تركها وذلك لتزول الشبهة لمن أراد تزويجها .

وان شهد شاهدان على رضا المرأة بالتزويج وآخران بالانكار يعمل بشاهدى الرضا وان ادعى زوجها اقرارها بالرضا بالنكاح بعد سماعها ولا بيان لها حلفت على الاقرار لا على الرضا بالقلب وقيل لا يمين عليها . والصحيح أن عليها اليمين لأن صحة النكاح تؤول الى وجوب النفقة على الزوج والصداق أو نصفه والميراث بينهما وثبوت نسب الولد ان وجد وارثه منهما وارثهما منه . ونفقته عليهما ونفقة أبيه عليه وأخذ الأب ما بيده مما كسبه فى الحكم ووجوب العدالة بينه وبين غيره من أولاده وله عليها يمين أيضا على الاجازة باللسان واذا حلفها على الاقرار بالرضا لم يحلفها على الاقرار باجازة فعل الولى وبالعكس .

(١) حـ ٣ شرح النيل ص ٧٦ فما بعدها .

اسْتِئْنَاف

تعريفه

الاستئناف والائتناف فى اللغة : الابتداء

يقال استأنف الشىء : أخذ أوله وابتدأه : استقبله .

ويستعمله الفقهاء فى معناه اللغوى[2] ويعبرون عنه تارة بالائتناف وتارة بالابتداء وتارة بالاستقبال وغيره من الألفاظ التى تفيد معناه ويغلب استعمالهم له فى استئناف

(٢) لسان العرب جـ ١٠ ص ٣٥٧ ، ٣٥٨ والقاموس المحيط جـ ٣ ص ١١٦ .

ما نقض من الأفعال قبل تمامها على الوجه الشرعى كاستئناف الصوم الذى يجب فيه التتابع اذا نقض التتابع وكذا يغلب استعمالهم له فيما ينقض من الأفعال بعد تمامها حيث يجب استئنافها بغير ما أديت به كاستئناف العدة بالحيض بعد تمامها بالأشهر للآيس اذا رأت الدم المعتاد حيضا بعد الحكم باياسها أما ما يجب استئنافه بعد تمامه على الوجه الذى أدى به أولا فيغلب تعبيرهم عنه بالاعادة(١) .

ولم يستعمل الفقهاء كلمة استئناف بالمعنى الذى استعملته فيه القوانين الوضعية « الطعن فى الأحكام » ولكن الفقهاء تعرضوا للطعن فى الاحكام باصطلاح آخر « انظر دفع » .

استئناف الأذان والاقامة

مذهب الحنفية :

لو غشى على المؤذن فى الأذان والاقامة ساعة أو ارتد عن الاسلام ثم أسلم أو أحدث فذهب وتوضأ ثم جاء . فالأفضل هو الاستئناف(٢) وكذا لو تكلم فيهما ولو برد سلام أو تشميت عاطس أو تنحنح الا لتحسين صوته . استأنفهما الا اذا كان الكلام(٣) يسيرا .

(١) المراجع الاتية والمذكورة فى خلال البحث .
(٢) البدائع ج ١ ص ١٤٩ .
(٣) من ابن عابدين ج ١ ص ٢٧٢ .

مذهب المالكية :

ان طال الفصل بين كلمات الأذان والاقامة بفعل أو قول . استأنفهما لاخلاله بنظام الأذان وتخليطه على السامع بحيث يظن أنه غير أذان ويبنى ان لم يطل الفصل(٤)

مذهب الشافعية :

يستحب أن يستأنفهما فى يسير نوم أو اغماء لأنه يخل بالاعلام بخلاف يسير سكوت أو كلام ولو عمدا أو ارتداد ثم أسلم قريبا حيث لا يستحب له استئناف الاذان على المعتمد ويسن أن يستأنف الاقامة فى ذلك لقربها من الصلاة فاذا كثر شىء من ذلك كله استأنفهما .

وفى قول : لا يستأنفهما فى سكوت طويل وكذا فى كلام طويل لم يفحش كسائر الاذكار(٥)

مذهب الحنابلة :

ومذهب الحنابلة كمذهب الشافعية الا أنه لو تكلم فيهما بكلام محرم كسب ونحوه وان كان يسيرا . استأنفهما لأنه قد يظنه سامعه مثلا متلاعبا أشبه المستهزىء . وكذا لو ارتد فى أثنائهما يستأنفهما لخروجه عن أهلية الأذان(٦) .

(٤) من الخرشى ج ١ ص ٢٧١ والدسوقى على الكبير ج ١ ص ١٧٦ .
(٥) من أسنى المطالب ج ١ ص ١٢٨ ، والبجرمى على المنهج ج ١ ص ١٥٤ ، وحاشية الكمترى على الانوار ج ١ ص ٥٤ ، وتحفة المحتاج ج ١ ص ١٢٥ .
(٦) من كشاف القناع ج ١ ص ١٦٦ ،

مذهب الظاهرية :

لا يستأنفهما ان تكلم بمباح أو شمت عاطسا أو رد سلاما أو عطس هو فحمد الله لأنه فرض عليه فعل كل ذلك [١] .

مذهب الزيدية :

فى استئنافهما بالفعل الكثير وجهان أحدهما : يستأنفهما كالأكل والشرب[٢] وثانيهما : لا يستأنفهما لقوله تعالى : « ولا تبطلوا أعمالكم » .

مذهب الامامية :

من نام فى خلال الأذان ثم استيقظ يستحب له الاستئناف ويجوز له البناء وكذا ان أغمى عليه .

ولو ارتد فى أثنائه ثم رجع استأنف على قول .

ولو أحدث فى أثنائهما تطهر وبنى والأفضل أن يستأنف الاقامة وان تكلم فى خلال الأذان لا يستأنفه ما لم يخرج به عن الموالاة .

أما الاقامة فيستأنفها بالكلام فى خلالها مطلقا [٣] .

مذهب الاباضية :

لا يستأنف الأذان بحدوث قىء أو رعاف أو خدش أو بول أو غائط أو غيرهن من النجس ويتمه كذلك بلا وضوء وقيل يستأنفه وكذلك لا يستأنفه ان فصل لضرورة كعطسة أو سعال أو بكاء لأخروى أو لأمر آخر اذا بكى لضرورة .

ويستأنف الاذان على القول المختار ان تكلم فى خلاله أو أكل أو شرب وقيل : لا يستأنفه .

وقيل : ان تكلم بغير حاجة استأنفه . وبحاجة لا يستأنفه وان ارتد فى أذانه ثم تاب فقيل : يبنى . وقيل : يستأنف وان جن فيه ثم أفاق فى الوقت . بنى ولا يستأنف وحكم الاقامة كذلك الا أنه ان جن فيها أو أحدث ببول أو غائط أو اتصل به نجس من غيره استأنف .

بخلاف ما اذا أحدث بقىء أو رعاف أو خدش حيث لا يستأنف بل يبنى معهن . وقيل : يستأنف [٤] .

استئناف الاذان والاقامة من آخر

واذا عرض للمؤذن ما يمنعه عن الاتمام نحو موته وغشيه وخرسه وحصره ولا ملقن . وذهابه للوضوء لسبق حدث وأراد آخر أن يؤذن فانه يلزمه استئناف الاذان من أوله عند الحنفية ان أراد اقامة سنة الاذان فلو بنى على ما مضى من أذان الاول . لم يصح .

(١) المحلى م ٣٢٦ ج ٣ ص ١٤٣ .
(٢) من شرح الازهار ج ١ ص ٢٢٥ .
(٣) شرائع الاسلام ١ ص ٥٠ ، ٥٢ ، الروضة البهية ج ١ ص ٧٠ ، ٧٣ .
(٤) شرح النيل ج ١ ص ٣٢٣ وما بعدها

وكذلك المقيم ، لأن المؤذن هو المقيم شرعا[١] .

وهذا الحكم ، متفق عليه عند جميع المذاهب ما عدا الزيدية[٢] .

فعندهم : اذا عرض للمؤذن أو المقيم شيء من هذا فانها تصح من غيره النيابة عنه فيما قد بقى ، فيتم غيره الاذان والاقامة ويبنى على ما قد فعله الاول ولا يجب الاستئناف .

ولا يصح ذلك الا للعذر اذا عرض للاول نحو أن يؤذن ثم يحدث[٣] .

الاستئناف بسبب عدم ترتيب الفاظ الاذان والاقامة

مذهب الحنفية :

لو قدم فى الاذان والاقامة مؤخرا كما لو قدم الفلاح على الصلاة أعاد ماقدم فقط ولا يستأنفهما من أولهما[٤] .

مذهب الشافعية :

ان عكسهما ولو ناسيا ، يبنى على المنتظم منهما والاستئناف[٥] أولى .

مذهب الحنابلة :

يجب الاستئناف[٦] .

وهذا هو مذهب الزيدية والظاهرية والاباضية[٧] .

استئناف الصلاة لمن لم يتحر القبلة أو أخطأ فيها

مذهب الحنفية :

اذا شرع المصلى فى الصلاة بدون أن يخطر بباله شيء عن القبلة ولم يشك فان ظهر خطؤه بيقين وهو فى الصلاة بأن انجلى الظلام وتبين أنه يصلى الى غير جهة الكعبة أو تحرى ووقع تحريه على غير الجهة التى يصلى اليها استأنف الصلاة من أولها لأن ما جعل حجة بشرط عدم الاقوى يبطل عند وجوده وكذا يستأنف اذا شك ولم يتحر .

وان علم فى الصلاة أنه أصاب القبلة فانه يستأنف التحريمة فى ظاهر الرواية لأن حاله بعد العلم أقوى لتيقنه بجهة القبلة ولو ظهرت القبلة فى الابتداء لا تجوز صلاته الا الى هذه الجهة فكذا اذا ظهرت فى وسط الصلاة . وقال أبو يوسف : يبنى على صلاته ولا يستأنف لأنه لو قطعها يستأنف الى نفس الجهة فلا فائدة فيه وان تحرى ووقع تحريه الى جهة فصلى الى جهة أخرى

(١) من ابن عابدين جـ ١ ص ٢٧٥ .
(٢) من حاشية العدوى على الخرشى جـ ١ ص ٢٧١ ومن حاشية البجرمى على الخطيب جـ ٢ ص ٤١ والمغنى جـ ١ ص ٤٣٨ وشرح النيل جـ ١ ص ٣٢٣ ، ٣٢٦ .
(٣) من شرح الأزهار جـ ١ ص ٢٢٢ .
(٤) ابن عابدين جـ ١ ص ٢٧٢ .
(٥) من اسنى المطالب جـ ١ ص ١٢٨ .
(٦) كشاف القناع جـ ١ ص ١٦٦ .
(٧) من شرح الأزهار جـ ١ ص ٢٢٤ والمحلى م ٣٣٢ جـ ٣ ص ١٦١ وشرح النيل جـ ١ ص ٣٢٣ — ٣٢٦ .

لم يقع عليها التحرى فانه يستأنف مطلقا فى ظاهر الرواية سواء علم أنه أصاب أو أخطأ فى الصلاة أو بعدها أو لم يظهر شىء لأن مخالفة جهة تحريه اقتضت فساد صلاته لان عنده أن ما فعله غير جائز .

وروى عن أبى يوسف : أنه ان أصاب لا يستأنف .

لأن المقصود من التحرى هو الاصابة وقد حصل هذا المقصود فيحكم بالجواز والاستئناف مطلقا هو المفتى به عند الحنفية وان صلى الى جهة من الجهات بالتحرى ثم ظهر خطؤه قبل الفراغ من الصلاة استدار الى القبلة وبنى على صلاته ولا يستأنف (١) .

مذهب المالكية :

من نسى أن استقبال القبلة مطلوب أو نسى أن يستقبل جهة القبلة فتبين له ذلك فى صلاة الفرض فانه يستأنف الصلاة اذا ظهر أنه صلى الى غير جهة القبلة .

وان خالف الجهة التى أداه اجتهاده اليها وصلى الى غيرها متعمدا فانه يلزمه استئناف صلاته وان أصاب القبلة فى الجهة التى خالف اليها وأما لو صلى لغيرها ناسيا وأصاب فقيل يستأنف وقيل لا يستأنف وهو الظاهر واذا تبين للمقلد أو للمجتهد الخطأ يقينا أو ظنا فى استقباله القبلة وهو فى الصلاة فان كان أعمى ولو كثر انحرافه أو بصيرا منحرفا يسيرا فانهما يستقبلان القبلة ويبنيان على صلاتهما ولا يستأنفانها ، أما البصير المنحرف كثيرا فانه يقطع صلاته على المشهور ويستأنفها باقامة وكذا يقطعها ويستأنف من كان بمكة أو المدينة أو جامع عمرو بن العاص بمصر لأنها من المساجد التى حررت فيها القبلة بواسطة الصحابة سواء كان الانحراف فيها يسيرا أو كثيرا أعمى أو غيره (٢) .

مذهب الشافعية :

ان صلى من يجب عليه التقليد من غير تقليد وأصاب القبلة استأنف صلاته .

واذا انحرف المصلى على الارض فرضا كانت صلاته أو نفلا عن القبلة .

فان استدبرها أو تحول الى جهة أخرى ناسيا وعاد الى الاستقبال على قرب لم يستأنف وان عاد بعد طول الفصل استأنف على أصح الوجهين .

وان استدبرها أو تحول الى جهة أخرى عمدا استأنف (٣) أما الصلاة على غير الارض كالسفينة والدابة فيرجع اليه فى مصطلح استقبال .

---

(١) من البدائع ج ١ ص ١١٩ والاختيار ج ١ ص ٤٥ ، من ابن عابدين ج ١ ص ٤٣٥ ، ٤٣٦ .

(٢) من الخرشى وحاشية العدوى عليه ج ١ ص ٣٠٢ ، ٣٠٥ ، ٣٠٦ ، من الدسوقى ج ١ ص ٢٠٦ ، من الصاوى على الصغير ج ١ ص ١٢٤ .

(٣) من المجموع والمهذب ج ٣ ص ٢٣٦ ، ٢٢٠ .

ومن صلى باجتهاد فتيقن خطأ معينا وهو فى صلاته وجب استئنافها وان لم يتبين الصواب وكذا يستأنفها المقلد اذا تيقن خطأ من قلده (١) .

ولو تغير اجتهاده فى أثناء الصلاة ففيه وجهان مشهوران .

أحدهما : يجب استئناف الصلاة الى الجهة الثانية لأنه لا يجوز أن يصلى صلاة واحدة باجتهادين .

وثانيهما : لا يستأنف بل ينحرف الى الجهة الثانية ويبنى على صلاته وهو الأصح لأنا لو ألزمناه الاستئناف نقضنا ما أداه من الصلاة بالاجتهاد باجتهاد بعده وذلك لايجوز

وان طرأ على المجتهد فى أثناء الصلاة شك فى جهة القبلة ولم يترجح له جهة من الجهات أتمها الى جهة ولا يستأنف ولو قيل للاعمى وهو فى صلاته : صلاتك الى الشمس وهو يعلم أن قبلته غيرها استأنف الصلاة لبطلان تقليد الاول بذلك .

وكذا يستأنفها الأعمى ان أبصر وهو فى أثناء الصلاة وعلم أنه على الخطأ أو تردد اما أن علم أنه على الاصابة للقبلة بمحراب أو نجم أو خبر ثقة أو غيرها فانه يتمها ولا يستأنف وان ظن الصواب غير جهته اتجه الى ما ظنه ولا يستأنف (٢) .

مذهب الحنابلة :

كل من صلى قبل فعل ما يجب عليه من استخبار عن القبلة أو اجتهاد ان قدر عليه أو تقليد أو تحر فعليه استئناف صلاته وان أصاب القبلة لتفريطه بترك ما وجب عليه واذا اجتهد وغلب على ظنه جهة أنها القبلة فان تركها وصلى الى غيرها استأنف ماصلاه الى غيرها وان أصاب لأنه ترك فرضه كما لو ترك القبلة المتيقنة ولو دخل فى الصلاة باجتهاد ثم شك لم يلتفت اليه ويبنى على صلاته ولا يستأنفها .

ولو غلب على ظنه خطأ الجهة التى يصلى اليها ولم يظن جهة غيرها بطلت صلاته ويستأنفها وان تغير اجتهاده فى الصلاة عمل بالاجتهاد الثانى فيستدير الى الجهة التى أداه اجتهاده اليها ثانيا ويبنى على ما مضى من صلاته ولم يستأنف ما صلى بالاجتهاد الاول (٣) .

مذهب الظاهرية :

جاء فى المحلى من صلى الى غير القبلة ممن يقدر على معرفة جهتها عامدا أو ناسيا بطلت صلاته ويعيدها ما كان فى الوقت ان كان عامدا اذ لا قضاء له ويعيدها أبدا ان كان ناسيا (٤) .

مذهب الزيدية :

من صلى بغير تحر استأنف صلاته فى الوقت وبعده ان لم يتيقن الاصابة ولو ظنها اجماعا .

أما ان أصاب القبلة يقينا فعند القاسمية

---

(١) من اسنى المطالب ج ١ ص ١٣٩ ، ١٤٠ ، الاقناع ج ١ ص ١١٠ .
(٢) من المجموع والمهذب ج ٣ ص ٢٣٦ ، ٢٢٠ .

(٣) من كشاف القناع ج ١ ص ٢٠٦ ، ٢٠٩ ، من شرح منتهى الارادات بهامشه ص١٥٩ ، ١٦٠ .
(٤) من المحلى ج ١ ص ٢٢٨ مسألة ٣٥٣ ، المحلى ج ٢ ص ٢٣٥ مسألة ٢٧٩ .

لا يستأنفها لحصول المقصود كما تحرى .

وقال المؤيد : يستأنفها لوجوب تقدم الشرط وهو قصد الاستقبال وكذا الخلاف لو صلى الى غير متحراه فأصاب القبلة . وقال صاحب البحر الزخار الأقوى هنا الاستئناف مطلقا لعصيانه واذا تغير اجتهاد الامام فانحرف عزل المأموم وبنى على صلاته ولا يستأنفها وكذا العكس .

ولا ينحرف للشك بعد الظن[1] ولتمام البحث عندهم انظر استقبال ، واعادة .

مذهب الامامية :

اذا صلى بدون فحص عن القبلة الى جهة غفلة أو مسامحة يجب استئنافها الا اذا تبين كونها القبلة مع حصول قصد القربة منه ولو أخل بالاستقبال عالما عامدا استأنف صلاته مطلقا .

وان أخل بها جاهلا أو ناسيا أو غافلا أو مخطئا فى اعتقاده أو فى ضيق الوقت فان كان فى أثنائها وكان منحرفا عنها الى ما بين اليمين واليسار مضى ما تقدم واستقام فى الباقى ولا يستأنف، لكن الأحوط الاستئناف فى غير المخطىء فى اجتهاده وان كان منحرفا الى اليمين واليسار أو الى الاستدبار استأنفها من أولها .

واذا تغير اجتهاده فى أثناء الصلاة انحرف الى ما ظنه الا اذا كان الاول الى الاستدبار أو اليمين واليسار بمقتضى ظنه الثانى فيستأنف[2] .

مذهب الاباضية :

ان خالف اجتهاده وصلى ولا مرشد له استأنف صلاته ولو أصاب القبلة ، وقيل لا يستأنف أن أصابها وان أخطأها استأنف اتفاقا وان تبين لمن اجتهد وصلى خطأ القبلة وهو فى الصلاة بأن استدبر أو غرب أو شرق فانه يلزمه استئناف الصلاة فى الظاهر لأنه تحقق ايقاع جزء من صلاته الى غير قبلة محسوبة وقيل : ينحرف الى ما تبين له ويبنى ولا يستأنفها [3] .

استئناف الصلاة لمن سبقه الحدث فيها

مذهب الحنفية :

ان سبق الحدث المصلى فى الصلاة توضأ وبنى على صلاته لقوله عليه الصلاة والسلام : « من قاء أو رعف فى صلاته فلينصرف وليتوضأ وليبن على صلاته ما لم يتكلم » .

والاستئناف أفضل لئلا يفصل بين أفعال الصلاة بأفعال ليست منها وقيل أن الاستئناف للمنفرد أفضل أما الامام والمقتدى فالأفضل لهما البناء صيانة لفضيلة الجماعة وان قهقه فى الصلاة ووجد ذلك قبل أن يقعد قدر التشهد

(١) من البحر الزخار ج ١ ص ٢٠٩ ، ٢١٠ .

(٢) مستمسك العروة الوثقى ج ٥ ص ١٦٨ ، ١٧٩ ، ١٨٢ ، ١٥٧ ، ١٨٣ .

(٣) من النيل ج ١ ص ٥٦ ، من الايضاح ج ١ ص ٣٦٥ ، ٣٦٦ .

الأخير فانه يلزمه الاستئناف لانه يندر وجودها فلم يكن فى معنى ما ورد به النص(١) وهو سبق الحدث .

مذهب المالكية :

من طرأ حدثه فى الصلاة ولو سهوا أو غلبة بطلت صلاته وعليه استئنافها(٢).

مذهب الشافعية :

ان سبقه الحدث غير الدائم استأنف صلاته فى الجديد لبطلان طهارته(٣) وفى القول القديم يبنى على صلاته ولا يستأنفها ما لم يتكلم .

مذهب الحنابلة :

من أحدث حدثا أكبر أو أصغر حرم عليه الصلاة ولم يصح ما تقدم منها فيستأنفها(٤)

مذهب الظاهرية :

كل حدث ينقض الطهارة بعمد أو نسيان فانه متى وجد بغلبة أو باكراه أو بنسيان فى الصلاة ما بين التكبيرة للاحرام لها الى أن يتم سلامه فهو ينقض الطهارة والصلاة معا ويلزمه استئنافها(٥) .

مذهب الزيدية :

ان سبقه الحدث فى الصلاة فعند أكثر العترة : يستأنفها(٦) .

(١) من الهداية وفتح القدير ج ١ ص ٢٦٧ ، ٢٧٢ ، من الاختيار ج ١ ص ٦١ .
(٢) من الخرشى ج ١ ص ٢٧٩ .
(٣) من حاشية البجرمى على الخطيب ج ١ ص ٣٨٨ .
(٤) من كشاف القناع ج ١ ص ٩٩ .
(٥) من المحلى ج ٤ ص ١٥٣ مسألة ٤٦٢ .
(٦) من البحر الزخار ج ١ ص ٢٨٦ .

مذهب الامامية :

لو فجأه أى سبقه الحدث فى الصلاة توضأ وبنى على صلاته ولا يستأنف وقيل : الأحوط أنه تبطل صلاته ويستأنفها(٧) .

مذهب الاباضية :

ان سبقه الحدث فى الصلاة استأنفها الا فى القىء والرعاف والخدش فانه يتوضأ ويبنى على صلاته(٨) ولتمام الموضوع أنظر حدث واستخلاف .

استئناف الصلاة للمتيمم ان وجد الماء فى خلالها

مذهب الحنفية :

ان وجد المتيمم الماء فى خلال الصلاة قبل أن يقعد قدر التشهد الأخير انتقض تيممه وتوضأ واستأنف صلاته لأنه قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل وذلك يبطل حكم البدل وان وجده بعدما قعد قدر التشهد الأخير ، أو بعد ما سلم وعليه سجدتا سهو عاد الى السجود يلزمه استئناف الصلاة عند أبى حنيفة لأن وجوده بعد التشهد كوجوده قبله لأنه فى حرمة الصلاة وعند أبى يوسف ومحمد لا يلزمه الاستئناف لأن صلاته قد انتهت بالصعود قدر التشهد لانتهاء أركانها(٩) .

(٧) من المختصر النافع ج ١ ص ٦ ، من الخلاف فى الفقه ج ١ ص ١٤٦ م ١٥٧ .
(٨) من الايضاح ج ١ ص ٤٦٩ .
(٩) من البدائع ج ١ ص ٥٨ ، العناية على الهداية بفتح القدير ج ١ ص ٢٧٤ .

مذهب المالكية :

لو وجد الماء بعد دخوله فى الصلاة فان ذلك لا يبطل تيممه ولو اتسع الوقت ويحرم عليه قطع صلاته واستئنافها تغليبا للماضى منها ولو قل . الا أن يكون الماء فى رحله فيتيمم ويدخل فى الصلاة ثم يذكره فيها فانه يقطع صلاته ويستأنفها ان اتسع الوقت وكذلك يقطع ويستأنف لو طلبه من رفقته فنسوه فيتيمم وصلى ثم تذكروه [1] وظن أنهم لو علموه لم يمنعوه ، وكذا الجاهل بأن الماء فى ملكه كما لو جعلته زوجته فى رحله .

مذهب الشافعية :

اذا أحرم المتيمم بصلاة تسقط عنه بالتيمم ثم رأى الماء فى صلاته فله اتمامها ولا يلزمه استئنافها لتلبسه بالمقصود بلا مانع من استمراره فيه لأن وجود الماء ليس حدثا . ولكن قطعها ليتوضأ ويستأنفها أفضل من اتمامها للخروج من خلاف من حرم اتمامها[2] ويحرم قطعها واستئنافها ان كانت فرضا وضاق وقتها لئلا يخرجها عن وقتها مع قدرته على أدائها فيه .

مذهب الحنابلة :

اذا وجد المتيمم الماء وهو فى الصلاة خرج فتوضأ أو اغتسل ان كان جنبا واستأنف الصلاة ويجب الاستئناف ان كانت الصلاة فرضا[3]

مذهب الظاهرية :

ان وجد المتيمم فى صلاته الماء انتقض التيمم وكذلك صلاته التى هو فيها تنتقض

(١) من الخرشى ج ١ ص ٢٣٠/٢٣٣ .
(٢) من أسنى المطالب ج ١ ص ٨٨ .
(٣) من المغنى ج ١ ص ٢٧٠ ، من كشاف القناع ج ١ ص ١٢٩ .

لانتقاض طهارته ويتوضأ أو يغتسل ثم يستأنف الصلاة[4] .

مذهب الزيدية :

يستأنف المتيمم صلاة الفرض برؤية الماء الذى يستطيع التطهر به بعد احرامه بها قبل فراغها ولا يستأنف النافلة بهذا للتخفيف فيها[5] .

مذهب الامامية :

وللامامية فى هذا روايتان : احداهما وهى الاظهر أنه اذا كبر تكبيرة الاحرام مضى فى صلاته بتيممه ولم يستأنف . والثانية : أنه يخرج ويتوضأ ويستأنف صلاته اذا لم يركع[6] .

مذهب الاباضية :

وذهب بعض الاباضية الى أن وجود الماء فى أثناء صلاة المتيمم ينقض الصلاة فيعدل الى الماء ويستأنفها وخالف فيه البعض[7] .

استئناف الصلاة لمن شرع فيها صحيحا ثم مرض أو مريضا ثم صح فى خلالها

مذهب الحنفية :

لو شرع المصلى فى الصلاة قاعدا وهو مريض ثم صح وقدر على القيام فان كان شروعه بركوع وسجود بنى على صلاته ولم يستأنف استحسانا عند أبى

(٤) من المحلى ج ٢ ص ١٢٢ م ٢٣٤ .
(٥) من البحر الزخار ج ١ ص ١٢٩ .
(٦) من الخلاف ج ١ ص ٣٣ م ٨٩ والمختصر النافع ج ١ ص ١٧ .
(٧) من الايضاح ج ١ ص ٢٥٨ ، ٢٥٩ والنيل ج ١ ص ٤١ .

حنيفة وأبى يوسف وعند محمد يستأنف قياسا .

وان كان شروعه بالايماء يستأنف بالاتفاق بينهم ، وعند زفر : يبنى ولا يستأنف ولتمام الموضوع وبيان وجه كل منهم أنظر : (اقتداء) .

وأما الصحيح اذا شرع فى الصلاة ثم عرض له مرض بنى على صلاته على حسب امكانه قاعدا أو مستلقيا ولم يستأنف فى ظاهر الرواية لأنه لو بنى لصار مؤديا بعض الصلاة كاملا وبعضها ناقصا ولو استأنف لأدى الكل ناقصا ولا شك أن الأول أولى وروى عن أبى حنيفة : أنه اذا صار الى الايماء يستأنف [1] .

مذهب المالكية :

ان صح فى خلال صلاته معذور بأن زال عذره عن حالة أبيحت له من اضطجاع أو جلوس أو ايماء استأنف صلاته بالأعلى من هذه الحالة وجوبا فيما الترتيب فيه واجب كمضطجع قدر على الجلوس ولا يجزيه اتمامها على الحالة الأولى ، واستأنفها به ندبا فيما الترتيب فيه مندوب كمضطجع على أيسر قدر على أيمن أما اذا عرض له مرض بنى على صلاته ولا يستأنف [2] .

مذهب الشافعية :

من قدر فى أثناء الصلاة على القيام أو القعود أو عجز عنه أتى بالمقدور له ولا يستأنفها ويبنى على قراءته ويستحب استئناف القراءة ان قدر على القيام أو القعود لتقع حال الكمال [3] .

مذهب الحنابلة :

ان قدر المريض على القيام فى أثناء الصلاة انتقل اليه وأتمها ولا يستأنفها وكذا ان قدر على القعود ونحوه مما عجز عنه من كل ركن أو واجب فى أثنائها انتقل اليه وأتم صلاته ، ويبنى المريض على ما صلاه بالايماء اذا قدر على الركوع أو السجود ولا يستأنف ولو ابتدأ الصلاة قائما أو قاعدا ثم عجز أتمها على ما يستطيعه ويبنى على ما تقدم ولا يستأنفها ويلزم استئناف قراءة الفاتحة لمن قدر على القيام أو القعود قبل اتمامها [4] .

مذهب الزيدية :

ان قدر العاجز فى خلال صلاته على أدائها بالأعلى استأنف صلاته أما القادر ان عجز فى خلالها عن أدائها بالأعلى بنى على صلاته بالأدنى ولا يستأنفها [5] .

مذهب الامامية :

من عجز عن حالة أثناء الصلاة انتقل الى ما دونها مستمرا فى صلاته ولا يستأنفها كالقائم يعجز فيقعد أو القاعد يعجز فيضطجع

---

(١) من البدائع ج ١ ص ١٠٨ .

(٢) من الخرشى والعدوى عليه ج ١ ص ٣٥٠ ، ٣٥٣ ، من الدسوقى والشرح الكبير ج ١ ص ٢٣٩

(٣) من أسنى المطالب ج ١ ص ١٤٨ والام ج ١ ص ٧٠ .

(٤) من كشاف القناع ج ١ ص ٣٢٢ ، ٣٢٣ .

(٥) من البحر الزخار ج ١ ص ١٧٧ .

أو المضطجع يعجز فيستلقى وكذا العكس[١] .

مذهب الاباضية :

ان حدث للمصلى المرض فى صلاته حتى لا يستطيع القيام فانه يرجع الى القعود ومن القعود الى الاضطجاع ان لم يستطع القعود ويبنى عليه ولا يستأنف وكذا ان كان يصلى مضطجعا ثم وجد راحة فانه يرجع الى القعود ومن القعود الى القيام ولا يستأنف .

وقال بعضهم : ان وجد راحة وهو يصلى مضطجعا استأنف الصلاة وكذلك ان رجع الى الاضطجاع من القيام أو من القعود وأما فى الانتقال من قيام الى قعود لعذر أو من قعود الى قيام لراحة وجدها فلا استئناف معه وان عمل شيئا بين القيام والقعود مثل القراءة والتعظيم والتكبير استأنف صلاته ان تعمد وان لم يتعمد فليعده فى الموضع الذى استقبله[٢] .

استئناف الصلاة لمن شرع فيها عاريا ثم وجد كسوة فى خلالها

مذهب الحنفية :

لو وجد العارى فى خلال صلاته كسوة استأنف الصلاة لأن عورته ما صارت عورة للحال بل كانت عند الشروع فى الصلاة الا أن الستر كان قد سقط لعذر العدم فاذا زال تبين أن الوجوب كان ثابتا من ذلك الوقت[٣] .

(١) من شرائع الاسلام ج ١ ص ٥٢ ، من الخلاف ج ١ ص ١٥١ .
(٢) من الايضاح ج ١ ص ٣٧٩ ، ٣٨٠ ، من النيل ج ١ ص ٥٩ .
(٣) من ابن عابدين ج ١ ص ٤١١ ، من البدائع ج ١ ص ٢٣٩ .

مذهب المالكية :

ان وجدها قريبا منه أخذها واستتر وكمل صلاته ولا يستأنف وان وجدها بعيدا عنه بحيث يكون فى تناولها فعل كثير فقيل : يقطع صلاته ويستأنف الصلاة من أولها وقيل : يتمادى فى صلاته ثم يعيدها ورجحه الأجهورى[٤] .

مذهب الشافعية :

ان وجدها قريبا منه فتناولها واستتر بها ولم يستدبر قبلته بنى على صلاته وان وجدها بعيدا فتناولها بأفعال كثيرة كثلاث خطوات أو انتظر من يلقيها عليه ومضت مدة فى التكشف بطلت صلاته واستأنفها[٥] .

مذهب الحنابلة :

ان وجد العارى فى أثناء صلاته سترة مباحة قريبة منه عرفا ستر ما يجب ستره وجوبا وبنى على ما صلاه عريانا ، وان كانت بعيدة عرفا بحيث يحتاج الى زمن طويل أو عمل كثير ستر الواجب ستره واستأنف الصلاة[٦] .

مذهب الزيدية :

ان وجد المصلى عريانا سترا بعد احرامه بالصلاة قبل فراغها بطلت صلاته واستأنفها ان كانت فرضا اما النافلة فلا تبطل بهذا للتخفيف فيها[٧] .

مذهب الامامية :

من عجز عن الكسوة ثم قدر عليها فى أثناء

(٤) من الخرشى ج ١ ص ٢٩٩ .
(٥) من أسنى المطالب ج ١ ص ١٧٨ .
(٦) من كشاف القناع ج ١ ص ١٨٦ .
(٧) من البحر الزخار ج ١ ص ٢٣٢ ، ١٢٩ .

الصـــلاة بنى على صـــلاته ولا يلـزمه الاســتئناف (١) .

استئناف الصلاة لمن أخطأ فى القراءة وهو فى الصـلاة

مذهب الحنفيــة :

يستأنف المصلى صلاته ان قرأ آية أو بعض آية مكان آية ولم يقف وقفا تاما ووصـل بينهما وصلا يغير المعنى وكذلك يستأنفها ان ذكر كلمة مكان كلمة على وجه البدل ولم تكن تلك الكلمة فى القـرآن ولا تتقارب الكلمتان فى المعنى وهـذا بلا خلاف اذا لم تكن تلك الكلمة تسبيحا ولا تحميـدا ولا ذكرا على تفصـيل موضـعه مصطلح قراءة (٢) .

مذهب المـالكية :

يستأنف الصـلاة اذا لم يحـكم المصلى قراءة الفاتحـة بجميع حروفها وحـركاتها وشـداتها مع القدرة الا أن يكون مأموما .

وكذا يسـتأنف المصلى صـلاته ان ترك قراءة الفـاتحة أو بعضهـا عمـدا ولو فى ركعة واحـدة أما ان تركهـا أو بعضهـا سهوا ولم يمكن التـدارك بأن انحنى للركوع فانه يسجد سجـود السهو لذلك قبـل سـلامه ثم يعيـد تلك الصـلاة احتياطا فى ظاهر المذهب وقيـل : لا اعادة عليـه فان أمكنه التـدراك وجب عليـه فان تركه مع امكانه أو ترك سـجود السهو فيمـا سـبق استأنف صـلاته (٣) .

مذهب الشـافعية :

ان ترك ترتيب الفاتحـة فى الصـلاة عامدا ولم يغير المعنى استأنف القراءة وكذا يستأنفها ان تركه سـاهيا وطال غير المرتب فان لم يطل بنى ولم يستأنف فان غير المعنى اسـتأنف الصـلاة . وان سكت فى أثنـاء قراءة الفاتحـة سـكوتا يسيرا مع نية قطع القراءة أو سكت طويلا عمـدا وان لم ينو القطع اسـتأنف قراءتها (٤) وان ترك المصلى ترتيب التشهد متعمدا عالمـا بتحـريمه فان أخل بمعنـاه اسـتأنف الصـلاة .

مذهب الحنـابلة :

ان ترك المصلى ترتيب الفاتحـة عمـدا أو سـهوا لزمه اسـتئنافها وان قطع قراءتها غير المـأموم بأن كان اماما أو منفردا بذكر كثير أو قرآن كثير أو دعاء كثير غير مشروع أو سـكوت طويل عـرفا لزمه اسـتئنافها ان تعمد القطع فان كان الذكر أو القـرآن أو أو الدعاء يسيرا فلا يلزمه استئنافها (٥) .

وكذا لا يلزمه استئنافها ان كان ذلك كثيرا سـهوا أو انتقـل الى قراءة غيرها غلطـا فطال ذلك ولا يستأنفهـا ان سكت يسـيرا بنية قطعها فيبنى على ما قرأه لان القـراءة

---

(١) من الخلاف ج ١ ص ١٤٣ .

(٢) من الفتاوى الهندية ج ١ ص ٧٩ ، ٨١ من فتح القدير ج ١ ص ٢٢٧ ، ٢٢٨ .

(٣) من الخرشى وحاشية العدوى عليه ج ١ ص ٢٦٩ ، من الشرح الصغير وحاشية الصاوى ج ١ ص ١٢٩ ، ١٣٠ .

(٤) من أسنى المطالب ج ١ ص ١٥١ ، ١٥٢

(٥) من كشاف القناع ج ١ ص ٢٢٥ ، ٣١١ وشرح منتهى الارادات عليه ص ١٧٩ .

باللسان فلم تنقطع ويلزم المأموم استئناف قراءة الفاتحة ان قطعها بغير مشروع فان كان مشروعا كسكوته لاستماع قراءة امامه بعد شروعه هو فى قراءتها وكسجود لتلاوة وسؤاله لرحمة عند آية رحمة ونحوه فلا يلزمه الاستئناف ولو كثيرا وان ترك غير المأموم واحدة من تشديدات الفاتحة أو ترك حرفا منها لزمه استئنافها وان لحن فيها فغير المعنى أو أبدل حرفا منها بحرف لا يبدل استأنف الصلاة فان كان اللحن المحيل للمعنى لجهل أو نسيان أو آفة كسبق لسانه أو غفلته لم يستأنف . أنظر قراءة .

مذهب الظاهرية :

من نسى التعوذ أو شيئا من الفاتحة حتى ركع استأنف متى ذكر فيها وسجد للسهو ان كان اماما أو منفردا فان كان مأموما ألغى ما قد نسى الى أن ذكر ويستأنف المصلى صلاته ان قدم كلمة أو أخرها عامدا واذا أتم الامام قام فقضى ما كان ألغى ثم سجد للسهو (١) .

مذهب الزيدية :

لو ترك المصلى احدى تشديدات الفاتحة الاربع عشرة فى قراءته لها استأنف الصلاة وكذا يستأنف الصلاة ان عكس ترتيبها أو فصل بين كلماتها بسكوت طويل أو فعل ولا يستأنف ان كرر بعض كلماتها أو ترك الترتيب بين الفاتحة والسورة (٢) .

مذهب الامامية :

وعند الامامية لو أخل المصلى بقراءة الفاتحة جميعها ولو بحرف واحد منها عمدا حتى التشديد وكذا اعرابها استأنف الصلاة . وكذا يستأنف الصلاة ان خالف عمدا ترتيب كلماتها وآياتها على الوجه المنقول وان كان ناسيا استأنف القراءة ما لم يركع فان ركع مضى فى صلاته ولو تذكر ، ولو قرأ فى خلالها من غيرها استأنف القراءة ، وكذا لو نوى قطع القراءة وسكت وفى قول يستأنف الصلاة . أما لو سكت فى خلال القراءة من غير نية القطع ولم يقطع فانه يمضى فى صلاته ولم يستأنف (٣) .

وقول المصلى (آمين) يقطع صلاته فيلزمه استئنافها سواء كان ذلك سرا أو جهرا فى آخر الحمد لله أو قبلها للامام والمأموم على كل حال (٤) .

مذهب الاباضية :

وعند الاباضية يستأنف المصلى صلاته ان نكس قراءة الفاتحة وأخذ فى قراءتها من آخرها وكذلك ان قرأ نصفها الاخير قبل أن يقرأ الاول . وان رجع فى هذا كله الى الصواب فاستأنفها من أولها ثم عاد لما قرأ منها فلا بأس بصلاته ما لم يتعمد فيستأنف صلاته . وكذلك ان قدم قراءة السورة على قراءة الفاتحة فى صلاة الجهر فانه يستأنف قراءتها ما لم يتعمد (٥) .

---

(١) من المحلى ، ج ٣ ص ٢٥٤ م ٣٦٧ ، المحلى ج ٣ ص ٢٥٠ مسألة ٣٦٤ .
(٢) من البحر الزخار ج ١ ص ٢٤٧ .
(٣) من شرائع الاسلام ج ١ ص ٥٢ ، ٥٤ .
(٤) من الخلاف فى الفقه ج ١ ص ١١٣ م ٨٣ .
(٥) الايضاح جـ ١ ص ٣٩٨ ، ٣٩٩ ، ٤٢٧ .

اســتئناف الصوم المنذور

مذهب الحنفيــة :

لو نذر شخص صوم شهر غير معين فقال : لله على أن أصــوم شهرا متتابعا ، أو نوى فيــه التتــابع ولم يذكره فصــامه وأفطر يوما ولو من الايام المنهى عن صــومها فانه يلزمه اســتئناف الصــوم من أوله لانه أوجب على نفســه صــوما موصــوفا بصفة التتابع وهى صفة معتبرة شرعا ورد الشرع بها فى كفارة الظهار والقتل فاذا ترك التتــابع فلم يأت بما التزمه يستأنف • وان لم يذكر التتابع ولم ينوه فلا يلزمه الاســتئناف وان شاء تابع وان شــاء فــرق ولو نذر صــوم شــهر معين كرجب مثــلا أو صــوم أيام بعينهــا فانه لا يلزمه الاســتئناف لو أفطــر منه يوما ســواء شرط التتــابع أو لا لأنا لو ألزمنــاه الاســتئناف لوقــع أكثر الصــوم فى غــير الــوقت الذى أضيف اليه النــذر ولو أتم وقضى كان مؤديا أكثر الصــوم فى الوقت فكان هــذا أولى ولو نذر صــوم ســنة غير معينة وذكر التتــابع أو نواه فان أفطر يوما منها ســوى العيــدين وأيام التشريق اســتأنف الصــوم من أوله لأن السنة المتتــابعة لاتخلو عن هــذه الأيام بخــلاف الشــهر أما ان كانت السنة معينــة فلا يستأنف كما مر فى الشــهر المعين (١) •

(١) من البدائع ج ٥ ص ٩٤ ، ٩٥ ، ابن عابدين ج ٢ ص ٤٣٤ ، ٤٣٦ الجوهرة ج ١ ص ١٤٣ .

مذهب المــالكية :

ان نذر صــوم شهر مبهم أو سنة مبهمة أو أيام غير معينة وشرط فيها التتابع أو نواه لزمه الاستئناف على التحقيق ان أفطــر منها يوما ، وقــال الــزرقانى والامــير لا يجب الاستئناف ان نواه • أما ان لم يشترط التتابع ولم ينــوه • فلا يجب عليــه الاســتئناف بل ينــدب فقط ، وان كان ذلك كله معينــا فانه يلزمه الاســتئناف (٢) • على تفصــيل سنبينه بعد فى اســتئناف صوم الكفارة •

مذهب الشــافعية :

ان نذر صوم شــهر معين أو شــهر من الآن فلا يلزمه اســتئناف الصــوم ان أفطر فيه وكذا اذا كان الشــهر غير معين • أو نذر صــوم سنة معينة أو مطلقة أو نذر صــوم عشرة أيام فانه لا يلزمه الاســتئناف ما دام لم يشرط التتابع فان شرط التتابع فانه يستأنف الصــوم وجوبا ان أفطــر فى خــلال الايام أو الشــهر أما ان أفطر فى خــلال السنة فان كان لمرض أو ســفر أو لغير عذر اســتأنف صــوم السنة ، وهناك قول فى المرض ووجه فى الســفر بعــدم الاســتئناف (٣) ، وان كان لحيض أو نفاس فلا يجب الاستئناف (٤) •

مذهب الحنــابلة :

ان نذر صــوم شهر مطلق فأفطــر منــه يوما بلا عذر اســتأنفه لان اطلاق الشــهر

(٢) من الخرشى ﺣ ٢ ص ٢٨٦ ، ص ٣٠٦ ص ٣٠٧ ، ومن الدسوقى والشرح الكبير ﺣ ١ ص ٥١١ ، ص ٥١٢ .

(٣) المهذب ﺟ ١ ص ٢٤٤ ، ص ٢٤٥ .

(٤) من اسنى المطالب ﺟ ١ ص ٥٨١ ، ص ٥٨٢

يقتضى التتابع وان أفطر بعذر يخير بين الاستئناف بلا كفارة لانه فعل المنذور على صفته ، وبين البناء ويتم ثلاثين يوما ويكفر — كفارة يمين — لانه لم يأت بالمنذور على وجهه [١] ، وكذلك السنة المطلقة ، وان نذر صوم شهر معين فأفطر منه يوما لغير عذر استأنف لانه صوم يجب متتابعا بالنذر كما لو اشترط التتابع فيستأنف شهرا من يوم فطره ويكفر لتأخير النذر ، وان أفطر لعذر يبنى على ما صامه ويكفر وكذلك السنة المعينة ، وان نذر صيام أيام معدودة ولو ثلاثين لم يلزمه الاستئناف ان أفطر الا بشرط أن يقول متتابعة أو ينويه فيلزمه ، وان نذر صياما متتابعا غير معين كعشرة أيام متتابعة فأفطر فى أثنائها لمرض يجب معه الفطر أو أفطرت لحيض ، خير القادر بين استئنافه ولا شىء عليه وبين البناء على صومه ويكفر ، وان أفطر لغير عذر لزمه الاستئناف ضرورة للوفاء بالتتابع ولا كفارة [٢] .

مذهب الظاهرية :

لو نذر صوم جمعة أو قال : شهر . لم يجز أن يصوم ذلك الا متتابعا فان تعمد فى خلال ذلك فطرا لعذر أو لغير عذر استأنف الصوم من أوله لان اسم الجمعة والشهر لا يقع الا على أيام متتابعة لا متفرقة ، ومن نذر صوم جمعتين أو قال : شهرين ولم ينذر التتابع فى ذلك لزمه ان يصوم كل جمعة متتابعة ولا بد وكل شهر متتابعا ولابد وله أن يفرق بين الجمعة والجمعة والشهر والشهر الا أن ينذرهما متتابعين فيلزم ذلك ويستأنفهما ان فرق بينهما ، ومن نذر صوم يومين فصاعدا لا يلزمه الاستئناف ان أفطر فى خلالهما [٣] .

مذهب الزيدية :

لا يجب استئناف الصوم المنذور ان أفطر فى خلاله الا اذا كان معينا أو نوى فيه التتابع ويستأنف ان أفطر لغير عذر اجماعا أما ان أفطر لعذر مأيوس كالحيض ونحوه فيبنى اجماعا لان حكمه مرفوع . وان أفطرت لنفاس استأنفت لانه يمكنها تحرى وقت لا نفاس فيه ولا يجب الاستئناف ان نذر شهرا مطلقا أو أسبوعا الا أن يقول كاملا فيجب لئلا يخلو وصفها بالكمال من فائدة .

وقال المؤيد : يجب فى الكل اذ الشهر اسم لثلاثين متتابعة وقواه صاحب البحر الزخار [٤] .

مذهب الامامية :

اذا نذر صوم شهر أو أقل أو أزيد فأفطر فيه لا يلزمه الاستئناف الا مع الانصراف « النية » أو اشتراط التتابع فيه فاذا اشترط أو نواه وأفطر فى أثنائه لا لعذر اختيارا وجب استئنافه ويبنى على ما مضى ان أفطر لمرض أو حيض أو نفاس أو سفر اضطرارى لا اختيارى ، وان نذر شهرين متتابعين فأفطر فى الشهر الاول أو أفطر اليوم الأول من الشهر الثانى لزمه

(١) كشاف القناع حـ ٤ ص ١٦٤ ، ص ١٦٥
(٢) المرجع السابق حـ ٤ ص ١٦٤ ، ص ١٦٥
(٣) من المحلى حـ ٧ ص ١١ ، م ٧٨٤ ، م ٧٨٥ ، ٧٨٦ .
(٤) من البحر الزخار حـ ٢ ص ٢٦٢ ، ص ٢٦٣

الاستئناف أما ان أفطر بعد ذلك فلا يلزمه ولو أفطر اختيارا (١) .

استئناف العدة

مذهب الحنفية :

لو اعتدت الآيسة بالاشهر ثم عاد دمها على جاري عادتها في أثناء الاشهر الثلاثة أو بعدها أو حبلت من زوج آخر استأنفت العدة بالقروء – الحيض – في ظاهر الرواية لانها لما رأت الدم دل أنها لم تكن آيسة وانها أخطأت في الظن فلا يعتد بالاشهر في حقها لأن شرط خلفية الاشهر عن الحيض تحقق اليأس عن الأصل بالنص وذلك باستدامة العجز الى الممات كالفدية في حق الشيخ الفاني .

واختار البهنسي ما اختاره الصدر الشهيد وهو أنها ان رأت الدم قبل تمام الأشهر استأنفت أما بعد انقضائها فلا تستأنف وهو الصحيح المختار وعليه الفتوى « ولتمامه أنظر عدة » .

ولو اعتدت الصغيرة أو التي بلغت بالسن ولم تحض ثم حاضت بعد تمام الأشهر الثلاثة فلا تستأنف به لأنه لم يتبين بالحيض أنها كانت قبل من ذوات الأقراء بخلاف الآيسة أما اذا حاضت قبل تمامها ولو بساعة استأنفت العدة بالحيض لأن الأشهر خلف عن الحيض وقد قدرت على الأصل قبل حصول المقصود بالخلف فيجب عليها الاصل (٢) .

أما ممتدة الطهر وهي من كانت تحيض ثم ارتفع حيضها لعارض غير الحمل والاياس فلا تنقضي عدتها حتى تحيض ثلاث حيض أو حتى تدخل في حد الاياس فتستأنف عدة الآيسة ثلاثة أشهر (٣) .

ولو تزوج الرجل زواجا صحيحا بمعتدته من طلاق بائن ببينونة صغرى أو فرقة من زواج فاسد ثم طلقها قبل الدخول بها أو الخلوة فعليها عدة مستأنفه عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد : عليها اتمام العدة الاولى ولا تستأنف وان تزوجها في العدة فاسدا فليس عليها استئناف عدة بالاتفاق . أما المطلقة رجعيا اذا راجعها الزوج ثم طلقها قبل الدخول بها فعليها عدة مستأنفة بالاتفاق (٤) واذا طلق الرجل امرأته ثم مات في أثناء العدة فان كان الطلاق رجعيا انهدمت عدة الطلاق وعليها أن تستأنف عدة الوفاة سواء طلقها في حالة المرض أو الصحة . وان كان الطلاق بائنا أو ثلاثا وهي غير وارثه فلا تستأنف عدة الوفاة ويقتصر على اتمام عدة الطلاق أما ان كانت وارثه فكذلك الحكم عند أبي يوسف أي لا تستأنف

---

(١) العروة الوثقى حـ ١ ص ٥٢٩ ، ص ٥٣١

(٢) من ابن عابدين جـ ٣ ص ٥١٤ ، ٥١٥ والاختيار حـ ٢ ص ٢٣٣ وفتح القدير جـ ٣ ص ٢٧٣ ، ٢٧٨ .

(٣) البدائع ج ٣ ص ١٩٥ ، ابن عابدين ج ٣ ص ٥٠٨ .

(٤) ابن عابدين ج ٣ ص ٥٢٤ ، ٥٢٥ ، فتح القدير ج ٣ ص ٢٨٨ ، البدائع ج ٣ ص ٢٠١

عدة الوفاة وقال أبو حنيفة ومحمد تستأنف الاعتداد بأبعد الاجلين أى الابعد من أربعة أشهر وعشرة أيام وثلاث حيض [1] .

مذهب المالكية :

ان رأت اليائسة المشكوك فى يأسها وهى بنت الخمسين الى السبعين ــ الدم بعد ما أخذت فى عدة الاشهر فيرجع لرأى النساء فى حكم هذا الدم . فان قلن : هو حيض أو شككن ترجع الى الحيض وتستأنف العدة بالقروء ــ الاطهار ــ وتلغى الشهور وان قلن : انه ليس بحيض أو كانت فى سن من لا تحيض من بنات السبعين أو الثمانين لم يكن ذلك حيض واستمرت على العدة بالأشهر . واذا رأت الصغيرة ــ ممكنة الحيض ــ الدم فى أثناء عدتها بالاشهر ولو فى آخر يوم من أشهرها فانها تنتقل الى الاقراء وتستأنف العدة بها وتلغى ما تقدم لها من الأشهر ولا يرجع فى دمها للنساء ، وكالصغيرة فى كل هذا التى لم تحض قط قبل الطلاق وان بلغت الثلاثين . وممتدة الطهر ان ارتفع حيضها بلا سبب أصلا أو بسبب أنها مرضت وليس هناك ريبة حمل فانها تنتظر تسعة أشهر فان لم تحض فيهن استأنفت عدة الآيسة ثلاثة أشهر . وان تزوج بائنته فى عدتها ثم طلقها قبل الدخول فانها تبنى على ما بقى من عدة الطلاق الاول أما ان طلقها رجعيا ثم قبل انقضاء العدة راجعها فانها تستأنف العدة من يوم الطلاق الثانى وسواء دخل بها بعد أن راجعها أو لا الا اذا أراد بارتجاعها الضرر بها لتطويل العدة عليها ثم طلقها قبل أن يدخل بها فانه يعامل بنقيض مقصوده وتبنى على عدته الأولى ، وعند ابن عرفة تستأنف ولو قصد ضررا واثمه على نفسه . أما اذا راجعها ثم طلقها بعد أن دخل بها فانها تستأنف ولا ينظر لقصد الضرر . واذا طلق امرأته طلاقا رجعيا ثم قبل انقضاء العدة مات عنها فانها تستأنف عدة الوفاة من يوم الموت . وان كان الطلاق بائنا استمرت فى عدة الطلاق ولا تستأنف عدة الوفاة [2] .

مذهب الشافعية :

لو حاضت الآيسة التى تقدم لها حيض فى أثناء عدتها بالاشهر استأنفت العدة بالاقراء ــ الأطهار ــ ويحسب ما مضى من الاشهر قرءا لأنه طهر بين دمين فتضم اليه قرأين وان حاضت بعد تمام الاشهر فأقوال أظهرها أنه ان تزوجت بآخر فلا شىء عليها لانقضاء عدتها ظاهرا مع تعلق حق الزوج بها وان لم تكن تزوجت انتقلت للأقراء واستأنفت العدة بها لعدم تعلق حق بها وان حاضت الصغيرة أو غيرها ممن لم تحض فى أثناء العدة بالأشهر استأنفت العدة

---

(١) البدائع ج ٣ ص ٢٠٠ ، فتح القدير ج ٣ ص ٢٧٥ ، ٢٧٦ .

(٢) من الحطاب ج ٤ ص ١٤٤ ، ١٤٨ ، والدسوقى والشرح الكبير ج ٢ ص ٤٧٩ ، ٤٨١، ٤٨٢ ، والخرشى ج ٤ ص ١٦٥ ، ١٦٦ ، ٢٠٠ ، ٢٠٣ ، بداية المجتهد ج ٢ ص ٩١ .

بالاقراء ولا يحسب ما مضى قرءا لأنه طهر لم يأت بين دمين . ولو حاضت بعد الفراغ من العدة فلا يؤثر فلا تستأنف . وان انقطع دم المرأة لعارض كرضاع ومرض أو لغير عارض فلا تعتد قبل اليأس الا بالاقراء فاذا صارت فى سن اليأس استأنفت العدة بالأشهر [1] ولو جدد نكاح مطلقته البائن فى العدة ثم طلقها قبل الدخول بنت على العدة الأولى ولو راجع مطلقته غير الحامل ثم طلقها فى العدة قبل أن يدخل بها استأنفت العدة وكذا تستأنف عدة بالاقراء ان كانت حاملا ولم تطلق ثانيا الا بعد الوضع وان لم يدخل بها . وان مات عن رجعية استأنفت عدة وسقطت بقية عدة الطلاق . وان مات عن بائن أو مفسوخ نكاحها فلا تستأنف عدة الوفاة بل تكمل عدة الطلاق أو الفسخ [2] .

مذهب الحنابلة :

لو رأت الآيس الدم بعد الخمسين على العادة التى كانت تراه فيها فهو حيض فى الصحيح وتعتد به ، وان رأته بعد الستين فهو ليس بحيض فعند ذلك لا تعتد به وتعتد بالأشهر . واذا حاضت الصغيرة أو البالغ التى لم تحض قبل انقضاء عدتها بالشهور ولو بساعة لزمها استئناف العدة بالقروء — الحيض وان كان حيضها بعد انقضاء العدة ولو بلحظة لم يلزمها استئنافها بالقروء .

ومن ارتفع حيضها ولو بعد حيضة أو حيضين . فان كانت لا تدرى ما رفعه اعتدت سنة تسعة أشهر لتعلم براءتها من الحمل وثلاثة للعدة . وان عرفت ما رفعه من مرض أو رضاع فلا تزال فى العدة حتى يعود الحيض فتعتد به أو حتى تبلغ سن الآيسة فتستأنف عدتها ثلاثة أشهر . وان طلق الرجل امرأته بائنا ثم نكحها فى عدتها ثم طلقها قبل الدخول بنت على العدة الأولى وان طلقها رجعيا ثم راجعها ثم طلقها قبل دخوله بها استأنفت العدة وان مات زوج الرجعية فى عدتها استأنفت عدة وفاة من حين موته وسقطت عدة الطلاق وكذا اذا قتل المرتد فى عدة امرأته استأنفت عدة وفاته وكذا لو أسلمت امرأة كافر ثم مات فى عدتها على قياس التى قبلها . وان طلقها فى الصحة بائنا ثم مات فى عدتها لم تنتقل عنها بل تبنى على عدة الطلاق مطلقا ولا تستأنف عدة وفاة فان كان الطلاق البائن فى مرض موته المخوف ومات فى العدة استأنفت الاعتداد بأطول الأجلين من عدة طلاق وعدة وفاة لأنها وارثه ومطلقة فان كانت لا ترثه فتعتد للطلاق لا غير [3] .

مذهب الظاهرية :

قال ابن حزم : ان طلقت التى لم تحض قط ثم حاضت قبل تمام العدة سواء اثر طلاقها أو فى آخر الأشهر أو بين ذلك فانها

---

(١) اسنى المطالب ج ٣ ص ٣٩١ ، ٣٩٢ وتحفة المحتاج ج ٣ ص ٣٤٣ ، ٣٤٤ .

(٢) من أسنى المطالب ج ٣ ص ٣٩٩ ، ٣٩٠ ، من تحفة المحتاج ج ٣ ص ٣٤٩ .

(٣) من كشاف القناع ج ٣ ص ٢٦١ — ٢٦٥ ، ٢٧١ . والمغنى حـ ٩ ص ٩٣ ، ١٠٢ ، ١٠٨ .

تنتقل الى الأقراء — الأطهار — فتستأنف العدة بهـا لأن المعتـدة اذا حاضت فى أثنـاء عدتها بالأشهر فليست من اللائى يئسن من المحيض ولا من اللائى لم تحضن بلا شـك بل هى من اللائى حضن فوجب ضرورة أن عـدتها ثلاثة قروء ومن الباطل أن تكون من اللائى يحضن وتكون عدتهـا بالشهور وكذلك لو حملت منه أو من غيره أثر طلاقهـا أو قبـل انقضـاء الثـلاثة أشـهر (١) • وان حاضت حيضـة أو حيضتين ثم لم تحض أو انتظرت الحيضـة الأولى فلم تأتهـا بعـد أن كانت قد حاضت وهى فى عصمـة زوجهـا أو قبلهـا فلا بد لهؤلاء جميعـا من التربص أبدا بالغـا ما بلغ حتى يحضن تمـام ثلاث حيض أو حتى يصرن فى حـد اليـأس من المحيض فاذا صرن فيه اسـتأنفن ثلاثة أشـهر ولا بد • وان اتبـع الرجل مطلقته وهى فى عـدتها قبل انقضـائها طلاقا بائنـا ولم تكن عدتها تلك من طلاق ثلاث فعليهـا أن تستأنف العـدة من أولهـا وكذا لو راجعهـا فى عدتهـا فدخل بهـا أو لم يدخل ثم طلقهـا فانهـا تستأنف العـدة ولا بد وان مات زوج المطلقة وهى فى العـدة فانهـا تنتقـل الى عـدة الوفاة ان كان الطـلاق رجعيـا فقط والا فلا (٢) •

مذهب الزيدية :

ان رأت الآيسة وهى من بلغ عمرها ستين سنة تحديدا — الـدم فى خلال الأشهر فلا يعتد به فى الأصح لانه ليس بحيض بل هو دم علة • وقيل تستأنف العـدة بالحيض لو رأته بعد الستين قبل أن تتزوج فى الأصح واذا اعتدت الصغيرة بالأشـهر ثم بلغت فى أثناء العدة بالحيض اسـتأنفت العـدة به اجماعا ولا تعتـد بما مضى من الشـهور ولا غيره ببلوغهـا فى العـدة بغير الحيض وان بلغت بالحيض بعد العـدة لم تستأنف اجمـاعا للآية •

وكذلك تستأنف العـدة بالحيض ان حاضت التى بلغت بغير الحيض فى مـدة الاعتـداد بالأشـهر وان انقطع حيض المطلقة المعتـدة بعـد ثبوته ولو مرة بدون سبب معـروف تربصت حتى يعود فتبنى على ما قد حاضته بعـد الطـلاق فان لم يعـد تنتظـر حتى تيأس فتسـتأنف العـدة ثلاثة أشـهر ولا تبنى الأشـهر التى تعتـد بهـا بعـد الايأس على ما قـد مضى من الحيض اذا كانت قد حاضت مرة أو مرتين بعـد الطلاق • والمعتـدة من طلاق بائن اذا عقـد عليهـا زوجهـا قبـل اتمامهـا للعـدة الأولى ثم طلقهـا أو حصـل فسخ قبـل الدخول بهـا لم يلزمهـا اسـتئناف العـدة بل تبنى على ما قـد مضى من العـدة فى الطـلاق الأول ولو كان البـاقى شـيئا يسيرا كيوم ونحوه أما المعتـدة من طـلاق رجعى فيجب الاسـتئناف لعـدة أخـرى لو راجع ولو باللفظ قبـل انقضـاء العـدة ثم طلق أو فسخ قبـل الدخول بهـا ولا تبنى على ما قد مضى من العـدة فى الطـلاق الأول • والمطلقة رجعيـا اذا مات زوجهـا وهى فى العـدة يلزمهـا اسـتئناف عـدة أخـرى للوفاة من

---

(١) من المحلى ج ١٠ ص ٢٦٧ ، ٢٦٨ مسألة ١٩٩٦ .

(٢) من المحلى ج ١٠ ص ٢٦٩ م ١٩٩٧ ، ص ٢٦٢ م ١٩٦٦ ص ٢٦٨ م ١٩٩٦ .

يوم العلم فى العاقلة غير الحامل أو من يوم الموت فى الصغيرة أو الحامل ولا تبنى على ما قد مضى من عدة الطلاق . بخلاف البائن فانها لا تستأنف عدة الوفاة سواء كان فارا من ميراثها أم لا [١] .

مذهب الامامية :

الآيسة من المحيض ومثلها لا تحيض وكذا التى لم تحض ومثلها لا تحيض لا عدة عليها من طلاق وان كانت مدخولا بها فى أظهر الروايات عن الأصحاب لقوله تعالى : « ان ارتبتم » فشرط فى ايجاب العدة ثلاثة أشهر ان ارتابت والريبة لا تكون الا فيمن تحيض مثلها وأما من لا تحيض مثلها فلا ريبة عليها . ولو كان مثلها يحيض اعتدت بثلاثة أشهر اجماعا ، وهذه تراعى الشهور والحيض . فان سبقت القروء — الأطهار — فقد خرجت من العدة وكذا ان سبقت الشهور أما لو رأت الدم قبل تمام ثلاثة أشهر من تاريخ الطلاق ثم انقطع دمها صبرت تسعة أشهر ثم تستأنف العدة ثلاثة أشهر وان رأت الدم الثانى قبل ذلك صبرت تمام السنة ثم تستأنف العدة بثلاثة أشهر . ولو طلق الرجل امرأته بعد الدخول بها ثم راجعها فى العدة ثم طلقها ثانيا قبل الدخول لزمها استئناف العدة ولو طلق الرجل امرأته غير الحامل طلاقا رجعيا ثم مات فى العدة استأنفت عدة الوفاة ولو كان بائنا اقتصرت على اتمام عدة الطلاق [٢] .

مذهب الاباضية :

ان بلغت طفلة فى أثناء عدتها بالأشهر استأنفت العدة بثلاثة قروء ولا تبنى وجاء فى متن النيل : وعن ياسين : اختلفت مع أهل الجبل فى مطلقة حائض حاضت حيضتين ثم حبست عنها الثالثة وقاربت اياسا قالوا : لا تتزوج حتى ترى الثالثة أو تأيس فتعتد ثلاثة أشهر وقلت : تتربص تسعة ثم ثلاثة وتتزوج ان شاءت . ومن طلقت رجعيا فحاضت أقل من ثلاثة أو مكثت أقل من ثلاثة أشهر ثم مات عنها مطلقها استأنفت عدة المتوفى عنها بلا بناء [٣] .

استئناف صوم الكفارات

مذهب الحنفية :

اذا أفطر الصائم خلال الصوم فى كفارة الظهار والافطار فى رمضان والقتل واليمين فانه يستأنف الصوم سواء أفطر لغير عذر أو لعذر مرض أو سفر . لفوت شرط التتابع المنصوص عليه . وكذلك يستأنف الصيام اذا تخلل صيامه لهذه الكفارات يوم الفطر أو يوم النحر أو أيام التشريق سواء أفطر هذه الأيام أو لم يفطر لأن الصوم فى هذه الايام ناقص بسبب النهى عنه فيها فلا يتأدى به الكامل [٤] . وكذلك يستأنف

---

(١) من التاج المذهب ج ٢ ص ٢١٣ ، ٢١٥ ، ٢١٦ ، ٢١٢ ، ٢١٨ ، ٢١٩ والبحر الزخار ج ٣ ص ٢١٢ ، ٢١٣ .

(٢) من الخلاف فى الفقه ج ٢ ص ٣٠١ ، ٣٠٣ ، ٣٠٥ ، ٣٠٧ وشرائع الاسلام ج ٢ ص ٦٢ ، ٦٣ .

(٣) من النيل ج ١ ص ٣٥٨ ، ٤٦٣ ، ٤٦٠ .

(٤) من البدائع ج ٥ ص ١١٠ ، ١١١ ، وابن عابدين ج ٣ ص ٤٧٧ . والعناية .

الصيام اذا تخلله شهر رمضان لأن رمضان فى حق الصحيح المقيم لا يسع غير فرض الوقت[١] • ولو كانت امرأة فصامت عن كفارة الافطار فى رمضان أو عن كفارة القتل فحاضت فى خلال ذلك فلا يلزمها الاستئناف لأنها لا تجد شهرين لاتحيض فيهما فكانت معذورة فان أفطرت يوما بعد الحيض ولم تصل أيام القضاء بعد الحيض بما قبلها استأنفت لأنها تركت التتابع من غير ضرورة [٢] • وعن محمد : لو صامت شهرا مثلا فحاضت ثم أيست استأنفت لأنها قدرت على مراعاة التتابع قبل اكمال الصوم فلزمها [٣] • ولو نفست فى خلال ذلك تستأنف لعدم الضرورة لأنها تجد شهرين لانفاس فيهما ولو كانت فى صوم كفارة اليمين فحاضت فى خلال ذلك تستأنف لأنها تجد ثلاثة أيام لا حيض فيها ولو جامع المظاهر امرأته التى لم يظاهر منها فان كان يفسد الصوم كالجماع بالنهار عامدا فيلزمه الاستئناف بالاتفاق وان لم يفسده بأن جامعها بالنهار ناسيا أو بالليل كيفما كان فلا يلزمه الاستئناف وكذا لو أكل بالنهار ناسيا لا يستأنف لأن الصوم لم يفسد فلم يفت شرط التتابع أما لو جامع امرأته التى ظاهر منها بالليل عامدا أو ناسيا أو بالنهار ناسيا استأنف عند أبى حنيفة ومحمد • لأن المأمور به صوم شهرين متتابعين لا مسيس فيهما لقوله تعالى : « شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا » فاذا جامع خلالهما فلم يأت بالمأمور به وعند أبى يوسف : لا يستأنف ويمضى على صومه لأن هذا الجماع لا ينقطع به التتابع لأنه يفسد الصوم فلا يجب الاستئناف • ولو جامعها بالنهار عامدا استأنف بالاتفاق لوجود المسيس عندهما ، ولفساد الصوم الذى ينقطع به التتابع عنده

مذهب المالكية :

واذا أفطر الصائم فى أثناء صوم يجب تتابعه — كصوم كفارة الظهار أو القتل أو الصوم أو النذر الذى يجب تتابعه — لسفر فانه يستأنف الصوم من أوله لأنه فعل ذلك باختياره أما اذا أفطر لمرض فان كان هو الذى أدخله على نفسه بسبب اختيارى بسفر أو غيره كأكل شىء يعلم من عادته أنه يضر به فانه يلزمه استئناف الصوم من أوله على المشهور وقال سحنون : يبنى أن أفطر لمرض حركه السفر لأن السفر مباح • وأما ان حصل له المرض بغير سبب السفر وغيره فانه يبنى على صومه اذا صح ولا يلزمه الاستئناف ويلزمه استئناف الصوم ان تعمد صوم شهرين يعلم أن فيهما العيد وأيام التشريق سواء صام يوم العيد أو لم يصمه أصلا ناسيا أو متعمدا • أما لو صادف العيد فى شهرى ظهاره جاهلا للعدد أو غافلا عن أن فى زمن

(١) فتح القدير والعناية والهداية ج ٣ ص٢٣٩، ابن عابدين ج ٣ ص ٤٧٦ .

(٢) البدائع حـ ٥ ص ١١٠ ، ١١١ وابن عابدين حـ ٣ ص ٤٧٧ .

(٣) الاختيار ج ٢ ص ٢٢٥ وابن عابدين ج ٣ ص ٤٧٧ .

صوم كفارة ظهاره يوم عيد فان ذلك لا يقطع التتابع ويجزئه فلا يستأنف • وان جهل أن رمضان يأتى فى زمن صومه هذا فلا يلزمه الاستئناف ويبنى بعد العيد متصلا وقيل : يستأنف هنا لأنه تفريق كثير • واذا لزم المرأة صوم يجب تتابعه ككفارة القتل ثم حصل لها حيض أو نفاس فان ذلك لا يبطل تتابع الصوم بل تفطر وتبنى • وكذا لا يستأنف الصوم ان أكره على الفطر أو ظن غروب الشمس أو ظن بقاء الليل فأفطر أما لو أفطر شاكا فى الغروب فانه يستأنف كمن أفطر عامدا وان صام تسعة وخمسين يوما ثم أصبح مفطرا لظنه الكمال لا يستأنف • وان أفطر ناسيا بأكل أو شرب أو جماع لغير امرأته التى ظاهر منها فانه لا يلزمه الاستئناف وكذا لو جامعها ليلا ولو عالما • أما لو جامع المظاهر امرأته التى ظاهر منها ليلا أو نهارا عالما أو ناسيا جاهلا أو غالطاً فانه يقطع تتابع صومه ويستأنفه من أوله ومثل الجماع مقدماته على المشهور وان أفطر فى خلال صوم كفارة اليمين ولو عمدا فانه يستحب استئنافها ولا يلزم لأنه لا يشترط تتابعها • وكل من أفطر لعذر لا يوجب عليه الاستئناف اذا لم يصل ما وجب عليه قضاؤه بصيامه عامدا أو ناسيا انقطع التتابع واستأنف الصوم من أوله اتفاقا ولا يعذر بالنسيان الثانى (١) •

(١) من الخرشى ج ٤ ص ١٣٧ ، ١٣٨ ، ج ٣ ص ٦٩ من الدسوقى والشرح الكبير ج ٢ ص ٤٥٩ — ٤٦١ ، ١٣٥ .

مذهب الشافعية :

ان صام لكفار الظهار أو القتل أو الجماع فى نهار رمضان ففسد صوم يوم ولو اليوم الأخير : بما سوى الحيض والنفاس والجنون ومستغرق الاغماء استأنف صوم الشهرين وان كان الافساد بعذر يمكن معه الصوم كسفر مبيح للفطر وخوف حامل أو مرضع وكذا مرض فى المذهب الجديد للاخلال بما اعتبره الشرع من الموالاة • أما افساد الصوم بشىء من المستثنيات فلا يوجب الاستئناف لأن كل واحد منها ينافى الصوم مع عدم الاختيار فيه من الصائم — وقيل : النفاس يقطع التتابع لندرته فتستأنف ولو كان للمرأة عادة فى الطهر تمتد شهرين فشرعت فى الصوم فى وقت يتخلله الحيض انقطع التتابع واستأنفت وما ذكر من أن الحيض لا يقطع التتابع فهو محمول على غير ذلك ونسيان النية ليلا كتركها عمدا فيوجب الاستئناف بخلاف تركها ممن جن أو أغمى عليه جميع الليل • ولو ابتدأ الشهرين عالما أو جاهلا بطروء ما يقطع تتابعهما كرمضان أو يوم النحر استأنف ولا يعتد بما أتى به وان وطىء المظاهر امرأته التى ظاهر منها ليلا قبل تمام الشهرين عصى ولم يستأنف لأنا لو أوجبنا الاستئناف لوقع صوم الشهرين بعد التماس ولو لم نوجبه كان بعضهما قبله وهذا أقرب الى المأمور به من الأول • وان أفطر فى خلال صوم كفارة اليمين

لم يلزمه الاستئناف [١] .

مذهب الحنابلة :

ان أفطر الصائم فى خلال الصوم فى كفارة الظهار والقتل والجماع فى نهار رمضان واليمين لغير عذر لزمه الاستئناف . وان أفطر لمرض مخوف لم يستأنف أما ان كان غير مخوف لكنه يبيح الفطر ففيه وجهان وان أفطر لسفر مبيح للفطر فكلام أحمد يحتمل الأمرين وأظهرهما أنه لا يستأنف . وان أفطر لجنون أو اغماء لم يستأنف والحامل والمرضع ان أفطرتا خوفا على نفسيهما فكالمريض وان أفطرتا خوفا على ولديهما ففيه وجهان . وان أفطر ناسيا لوجوب التتابع أو جاهلا به أو ظنا منه أنه قد أتم الصوم لزمه الاستئناف وان تخلل صوم الشهرين صوم شهر رمضان أو فطر واجب كفطر العيدين وأيام التشريق لم يلزمه الاستئناف وروى فى أيام التشريق أنه يصومها عن الكفارة ولا يفطر الا يوم النحر وحده فعلى هذا ان أفطرها استأنف وان تخللهما فطر لحيض تبنى ولا تستأنف والنفاس كالحيض فى أحد الوجهين والوجه الثانى أنها تستأنف لأنه أندر من الحيض ويمكن التحرز منه وان جامع امرأته التى ظاهر منها فى أثناء صومه ليلا أو نهارا ناسيا أو مع عذر يبيح له الفطر كمرض وسفر استأنف صوم الشهرين من أولهما وروى عن أحمد أنه لا يستأنف بالوطء ليلا وان لمس المظاهر منها أو باشرها دون الفرج على وجه يفطر به استأنف [٢] .

مذهب الظاهرية :

أن تخلل صيام الشهرين عن كفارته شهر رمضان أو يوم الفطر أو يوم الأضحى أو مرض أو أيام الحيض ان كانت امرأة لزم استئناف صوم الشهرين من أولهما لأن الله أمر بهما متتابعين ، وتؤخر المرأة صيامها حتى يرتفع حيضها لأنها لا تقدر على المتابعة ففرضها أن تؤخر حتى تقدر كالمريض وغيره . ولو بدأهما فى أول شعبان ثم سافر رمضان كله أتم الشهرين فيه ثم يقضى رمضان [٣] ومن شرع فى كفارة الظهار بالصوم فجامع التى ظاهر منها ليلا قبل أن يتم الشهرين فانه يتممهما بانيا على ما صام منهما ولا يستأنف [٤] .

وان أفطر فى خلال صوم كفارة اليمين فلا يلزمه استئنافها [٥] .

مذهب الزيدية :

ان أفطر يوما أو أكثر فى خلال صوم الشهرين عن كفارته ــ ظهارا أو قتلا ــ استأنف صيام شهرين متتابعين حتما . الا أن يفطر لعذر فانه لا يلزمه الاستئناف والعذر نحو أن يمرض فيفطر أو يوجب على نفسه صوم كل اثنين أو كل جمعة فانه اذا زال عذره بنى على ما صامه . ولو تخللهما وقت

---

(١) من أسنى المطالب ج ٣ ص ٣٦٩ ، ج ٤ ص ٢٤٨ وتحفة المحتاج ج ٢ ص ٣٣٠ وقليوبى وعميرة على المنهاج حـ ٤ ص ٢٦ .

(٢) من المغنى والشرح الكبير ج ٨ ص ٥٩٥ ــ ٥٩٩ ، ٦٠٤ ، ٦١٠ ، من كشاف القناع وشرح المنتهى عليه ج ٣ ص ٢٣٦ ، ٢٣٧ ، ٣٠٨ ، ١٤٣

(٣) المحلى ج ١٠ ص ٥٠ ، ٥٨ مسألة ١٨٩٤ ، ج ٦ ص ٤٩٧ ، ٤٩٨ مسألة ٧٤٢ .

(٤) المحلى حـ ١٠ ص ٤٣٦ مسألة ٢٠٢٢ .

(٥) المحلى حـ ٨ ص ٨٨ مسألة ١١٨٦ .

يجب صومه لغير الكفارة كشهر رمضان ولو فى السفر أو أيام يجب افطارها كالعيدين وأيام التشريق استأنف صومهما • ولو جامع امرأته التى ظاهر منها فى خلال الشهرين بطل الصوم ولزمه الاستئناف سواء كان الجماع ليلا أم نهارا عامدا كان أم ناسيا أو كان فى أيام العذر وان أفطر فى خلال كفارة اليمين استأنف [١] •

مذهب الامامية :

ان أفطر فى خلال صوم الشهرين المتتابعين عن كفارته لغير عذر فان كان فى خلال الشهر الاول أو قبل أن يصوم من الثانى شيئا وجب استئنافه بلا خلاف وان كان بعد أن صام من الثانى شيئا ولو يوما واحدا جاز له البناء عليه ولا يلزمه الاستئناف وان أفطر لعذر ولو فى خلال الشهر الاول بنى عليه ولم يستأنف والعذر الذى يصح معه البناء ولا يلزمه الاستئناف الحيض والنفاس والاغماء والجنون أما السفر فان اضطر اليه كان عذرا والا كان قاطعا للتتابع فيجب عليه الاستئناف • واذا أفطر فى خلال الشهرين لمرض يوجب ذلك فلا يلزمه الاستئناف ولو أفطرت الحامل والمرضع خوفا على نفسيهما فى الشهر الأول لم يلزمهما الاستئناف ولو أفطرتا فيه خوفا على المولود قيل : يستأنفان وقيل : لا يستأنفان وهو الأشبه ولو أكره على الافطار فى الشهر لم يلزمه الاستئناف • ولو عرض فى أثناء الشهر الاول زمان لا يصح صومه عن الكفارة كشهر رمضان والأضحى بطل التتابع فيستأنف اما اذا قتل متعمدا فى الاشهر الحرم وجب عليه الكفارة بصوم شهرين متتابعين من الأشهر الحرم وعلى هذا فانه لا يستأنفهما ان دخل فيهما الاضحى وأيام التشريق واذا جامع زوجته التى ظاهر منها فى حال الصوم عامدا نهارا أو ليلا لزمه استئناف كفارتين لظهاره وعمده • فان كان ناسيا مضى فى صومه ولم يلزمه الاستئناف • واذا وطىء غير زوجته فى حال الصوم نهارا عامدا قبل أن يصوم من الشهر الثانى شيئا استأنف •وان كان بعد أن صام من الثانى شيئا كان مخطئا ولم يقطع التتابع بل يبنى عليه [٢] •

مذهب الاباضية :

ان أكل نهارا فى خلال صوم الشهرين بمرض أو نسيان أو اضطرار بجوع أو اكراه بقتل فهل يستأنف أو يبنى قولان [٣]

استئناف الاطعام فى الكفارات

مذهب الحنفية :

لو جامع المظاهر امرأته التى ظاهر منها فى خلال الاطعام لم يلزمه الاستئناف لان الله سبحانه لم يشترط فى الاطعام أن يكون قبل المسيس • ولو أوصى أن يطعم عنه عشرة مساكين عن كفارة يمين ثم مات فغدّى الوصى عشرة ثم ماتوا أو لم يجدهم بأعيانهم يستأنف الوصى الاطعام فيغذى ويعشى غيرهم لانه لا سبيل الى تفريق الغذاء

(١) من التاج المذهب ج ٢ ص ٢٤٩ ، ٢٥١ ، ج ٣ ص ٤٣٢ ، ج ٤ ص ٣١٠ •

(٢) الخلاف فى الفقه ج ٢ ص ٢٦٤ ، ٢٦٥ ، ٢٧٠ ، ٢٧٢ ، شرائع الاسلام ج ٢ ص ٨٠ ، ٨٢ •

(٣) النيل حـ ١ ص ٤٢٠ ، ٤٢٢ •

والعشاء على شخصين . وكذلك اذا أعطاهم المكفر ـ فى كفارة اليمين وغيرها أقل من القدر المقدر شرعا ثم لم يجدهم بأعيانهم ليتم لهم استأنف فى غيرهم [١]

مذهب المالكية :

اذا جامع المظاهر امرأته التى ظاهر منها فى أثناء الاطعام ولم يبق منه الا طعام مسكين واحد بطل اطعامه واستأنف من أوله على المشهور وقال ابن الماجشون : الاستئناف مستحب [٢] .

مذهب الشافعية :

لا يحل للمظاهر أن يجامع زوجته التى ظاهر منها قبل تمام الاطعام ويقدر من قبل أن يتماسا فى الاطعام أيضا [٣] .

مذهب الحنابلة :

لو جامع المظاهر امرأته التى ظاهر منها فى أثناء الاطعام لم يلزمه استئناف ما مضى منه [٤] .

مذهب الظاهرية :

قال ابن حزم : لا يحرم على المظاهر أن يجامع امرأته التى ظاهر منها قبل الاطعام [٥] .

مذهب الزيدية :

ان جامع المظاهر زوجته المظاهر منها فى حال الاطعام قبل الفراغ يأثم ولا يجزى فيستأنف الاطعام كما هو المختار وقال بعض فقهائهم : لا يجب عليه الاستئناف وان تعذر على المكفر البناء على الصوم قيل أطعم للباقى من الصوم وهو ضعيف ضعفه الامام لانه يخالف عموم الآية ويؤدى الى الجمع بين الاصل والبدل فالقياس وهو المختار للمذهب أن يستأنف الاطعام من أوله [٦] .

مذهب الامامية :

ان وجبت الكفارة فى الظهار ولو بالاطعام وجب تقديمها على المسيس [٧] .

مذهب الاباضية :

من أطعم عن كفارته ستين مسكينا غذاء فماتوا أو تفرقوا وعجز عن جمعهم استأنف [٨] .

استبدال

التعريف اللغوى

جاء فى القاموس : البديل كأمير الخلف واستبدله واستبدل به اتخذ منه بدلا وجاء فى المعجم الوسيط أبدله غيره وأبدل الشىء بغيره اتخذه عوضا عنه وخلفا والبدل من الشىء الخلف والعوض ومثله البديل .

التعريف الشرعى

وقد استعمل الفقهاء وبخاصة الحنفية كلمتى استبدال وابدال فى الوقف بمعنى اخراج العين الموقوفة عن جهة وقفها بأخذ العوض عنها بطريق المعاوضة .

---

(١) من البدائع ج ٥ ص ١١١ ، ٩٧ فتح القدير ج ٣ ص ٢٤١ .
(٢) الدسوقى والشرح الكبير ج ٢ ص ٤٥٩ ، الخرشى ج ٤ ص ١٣٧ .
(٣) الاقناع ج ٢ ص ١٦٧ .
(٤) المغنى ج ٨ ص ٦٠٦ .
(٥) المحلى ج ١٠ ص ٥٠ مسألة ١٨٩٤ .
(٦) التاج المذهب ج ٢ ص ٢٥٠ ، ٢٥١ .
(٧) شرائع الاسلام ج ٢ ص ٨٢ .
(٨) النيل ج ١ ص ٣٣٥ .

أحكام الاستبدال

مذهب الحنفية :

الاستبدال فى عرف الحنفية أخذ البدل عن العين الموقوفة ليكون وقفا مكانها ، واذا جمعوا بين الكلمتين أريد بالابدال اخراج العين الموقوفة من جهة وقفها ، وبالاستبدال أخذ البدل ليكون وقفا مكانها وان اقتصر على احدهما أريد به المعنى السابق وهو اخراج العين الموقوفة من الوقف نظير عوض يكون وقفا بدلها وقد اختلف فى اشتراط هذين الشرطين فى الوقف فذهب أبو يوسف الى صحة الاشتراط واختاره الخصاف . وهلال وقال محمد يصح الوقف ويبطل الشرط هكذا نقل بعضهم هذا الخلاف ونقل آخرون الاتفاق على صحة الوقف والشرط ووفق صاحب البحر بين النقلين فقال أن محل الاتفاق ما اذا ذكر الشرط بلفظ الاستبدال ، ومحل الخلاف ما اذا ذكر بلفظ البيع ، والفتوى على صحة اشتراط الاستبدال بلفظ الاستبدال أو البيع لأنه لا ينافى حكم الوقف من جهة لزومه كأن يقول وقفت أرضى هذه على أن لى أن أستبدلها بأرض أخرى أو على أن لى أن أبيعها وأشترى بثمنها أرضا أخرى وهذا بخلاف ما اذا اشترط الواقف فقال : على أن لى أن أبيعها ولم يزد فان الوقف والشرط يبطلان كلاهما واشتراط الاستبدال للواقف أو للناظر على الوقف يجعل له الحق فى أن يستبدل بعين من أعيان الوقف ما شاء من العقار سواء أكان الموقوف عامرا يمكن الانتفاع به أو خرج عن الانتفاع بالكلية ، ولا يشترط اتحاد البدل والمبدل فى الجنس الا اذا اشترط الواقف ذلك كما يجب مراعاة شرط الواقف اذا شرط أن يكون البدل فى جهة معينة ، وذكر الكمال بن الهمام أنه ينبغى جواز أن يكون البدل حينئذ فى قرية أخرى اذا كانت أحسن صقعا وأكثر ريعا وأنفع للوقف لان المخالفة الى خير لا تعد مخالفة واذا لم يقيد الواقف الاستبدال بقيد صح لمن شرط له أن يستبدل به ما شاء من جنس العقار سواء أكان الموقوف يقصد به الاستغلال أم السكنى ويلاحظ أنهم نصوا على أن المستبدل اذا كان هو القاضى وجب عليه مراعاة اتحاد المنفعة واذا لم يشترط الواقف الاستبدال بأن سكت أو نهى عنه فلا يصح له أن يستبدل وانما الذى يملك الاستبدال حينئذ هو القاضى وليس له ذلك الا فى حالين :

الأولى : أن يخرج الموقوف عن الانتفاع بالكلية أرضا كان أو دارا أو تزيد نفقاته على غلاته أو يتخرب فلا يصلح للاستغلال ولا للسكنى ولم يرغب أحد فى استئجاره مع تعجيل الأجرة ليعمر بها .

الثانية : أن يكون الموقوف عامرا وذا ريع ينتفع به ولكن يوجد من يستبدل به عينا أخرى أكثر ريعا وأحسن صقعا أو يبذل فيه ثمنا زائدا عن قيمته يمكن أن يشترى به ما هو أكثر نفعا لجهة الوقف والاستبدال فى الحالة الاولى محل اتفاق وفى الثانية رأى أبو يوسف ، واختار الكمال

ابن الهمام عدم جوازه فى هذه الحالة لانتفاء الضرورة اذ لا تجب الزيادة فى الوقف بل الواجب بقاؤه على ما هو عليه ولكن الفتوى على قول أبى يوسف وفى حاشية ابن عابدين أن عدم جواز استبداله فى هذه الحال هو الاصح وهو المختار ، وذكر صاحب البحر فى رسالته فى الاستبدال أن الخلاف فى هذه الحالة انما هو فى الارض اذا ضعفت عن الاستغلال بخلاف الدار اذا ضعفت بخراب بعضها فانه لا يجوز استبدالها على كل الاقوال لامكان وجود من يرغب فى استئجارها مدة طويلة لأجل تعميرها بخلاف الارض ، واذا جاز الاستبدال للقاضى وجب فيه مراعاة الجنس فى الموقوف اذا كان للسكن تحقيقا لغرض الواقف فاذا وقفت دار للسكنى وتخربت وليس هناك غلة تعمر بها ولم يوجد من يستأجرها بأجرة معجلة لتعمر بها جاز للقاضى استبدالها بدار أخرى ولا يصح استبدالها بأرض زراعية أو دكان اذ يفوت بذلك غرض الواقف أما اذا كان الموقوف يقصد منه الاستغلال فلا يشترط لصحة الاستبدال فيه اتحاد الجنس لأن العبرة فيه بكثرة الريع وقلة المرمة والمئونة فيراعى فيه ذلك نظرا لمصلحة الوقف ، وقد نص فقهاء الحنفية على أن الوقف العامر لا يصح استبداله الا فى أربعة أحوال ‏.

الأولى : أن يشترط الواقف الاستبدال لنفسه أو لغيره فيجوز لمن شرط له حينئذ ، ولو كان الواقف ذا ريع ومنتفعا به انتفاعا كاملا ‏.

الثانية : ألا يشترط الواقف ذلك ولكن يمكن أن يستبدل الوقف بما هو أنفع منه فيجوز استبداله حينئذ للقاضى على رأى أبى يوسف المفتى به ‏.

الثالثة : أن يغصب الوقف غاصب ويعجز المتولى عن استرداده ويريد الغاصب أن يدفع قيمته أو يصالح عنه بشىء فيجوز حينئذ أخذ ما يعطى بدلا عنه ولو كان الموقوف ذا ريع ، واذا كان العوض نقدا اشترى به عقار يحل محل المغصوب ، وجواز الاستبدال فى هذه الحالة بقيمته أو بما هو دونها للضرورة ومن هذا نزع الأوقاف للمنافع العامة ‏.

الرابعة : أن تغصب أرض الوقف فيجرى الغاصب الماء عليها حتى تصير مغطاة به بحيث لا يمكن زرعها ولا انحسار الماء عنها فعندئذ يضمن الغاصب قيمة الأرض ويشترى بالقيمة عقار يحل مكانها ، ويشترط فى صحة الاستبدال شروط :

الأول : ألا يكون بغبن فاحش وهو مالا يدخل تحت تقويم الخبراء ‏.

الثانى : ألا يكون لمن لا تقبل شهادة المستبدل له فلا يصح أن يكون لولده مثلا ‏.

الثالث : ألا يكون للمشترى دين على المستبدل ويريد أن يشترى بما له عليه من دين لأن ذلك ليس فى مصلحة الوقف ‏.

والرابع : ألا تستبدل به العروض وهذا عند أبى يوسف اذ لا يجيز للوكيل البيع بالعروض ، وعلى قياس قول أبى حنيفة يصح الاستبدال بالعروض على أن يشترى بها عقار يحل محل العين المستبدلة وبمجرد شراء

البدل يكون وقفا بدل الاول ولا حاجة الى انشاء اشهاد بذلك ، ومن شرط له الاستبدال ليس له أن يكرره الا اذا شرط له ذلك ما عدا القاضى فانه يكرره عند وجود المسوغ لذلك ، واذا باع المستبدل ما شرط له استبداله ثم رد عليه قبل أن يشترى بثمنه ما يكون وقفا مكانه ، فان رد عليه بما هو فسخ من كل وجه كالرد بعيب قبل القبض أو به بقضاء القاضى أو رد بخيار شرط أو بخيار رؤية أو لفساد العقد جاز له أن يبيعه ثانيا لان البيع الاول قد انفسخ وكأن لم يكن فيبقى له شرط الاستبدال وان رد عليه بما يعد عقدا جديدا ولو من وجه كالاقالة لم يجزله أن يبيعه ثانية الا اذا شرط له التكرار ، وان رد عليه بعد أن اشترى بثمنه ما صار وقفا مكانه فان كان ذلك بما هو فسخ من كل وجه عاد الاول وقفا كما كان وان رد عليه بما يعد عقدا جديدا بقى الثانى وقفا وكان المردود ملكا لمن رد عليه لانه يعتبر كأنه اشتراه شراء جديدا ولو استحق العقار الموقوف بعد شراء البدل لم يبق البدل وقفا استحسانا لانه انما كان وقفا بدلا عن موقوف ، وبالاستحقاق انتقضت المبادلة فلا يبقى الثانى وقفا واذا تم الاستبدال بالنقد كان الثمن وقفا كأصله حكمه حكم الوقف لا يجوز قسمته بين الموقوف عليهم ولا تمنع سماع الدعوى فيه الا بمضى ثلاث وثلاثين سنة بخلاف ريع الوقف وهو أمانة فى يد المستبدل فلا يضمنه الا بالتعدى أو الاهمال فى حفظه واذا مات قبل أن يبين حاله كان دينا فى تركته واذا ضاع الثمن من يد البائع بدون اهمال بطل الوقف لانه لا ضمان حينئذ على المستبدل لان يده يد أمانة ، واذا شرط الواقف الاستبدال للناظر كان ذلك اشتراطا لنفسه ويجوز لمن شرط له الاستبدال أن يتنازل عنه باسقاط حقه فى ذلك واذا ما أسقطه الواقف عن نفسه سقط كذلك عمن اشترط له لان من شرط له انما يعمل بوكالته عنه وباسمه فاذا زالت ولاية الأصل زالت ولاية الفرع ولكن اذا مات الواقف لم يبطل بموته شرطه [1] .

مذهب المالكية :

جاء فى الشرح الكبير الدردير [2] أن بيع المحبس لا يجوز الا اذا كان لا ينتفع به فيما حبس فيه وان كان ينتفع به فى غيره وذلك اذا لم يكن عقارا كالحيوان والكتب وعندئذ يجعل ثمنه فى مثله أو فى جزء من مثله ان لم يف الثمن أما اذا كان المحبس عقارا من دور وحوانيت فلا يجوز بيعه ليستبدل به غيره وان خرب ونقض وينقل النقض الى مثله ان لم يتيسر عوده الى أصله ، وجاء فيه أيضا ولا يجوز بيع العقار الخرب بعقار غير خرب خلافا لمن ذهب الى جواز ذلك وجاز بيع العقار المحبس لتوسعة مسجد أو طريق عليه جبرا عن المستحق والمتولى عليه وعندئذ يشترى بثمنه عين تجعل وقفا مكانه وجاء فى حاشية الدسوقى تعليقا

---

(١) الدر وابن عابدين عليه ج ٣ ص ٤٢٤ وما بعدها والبحر جـ ٥ ص ٢٣٩ وما بعدها

(٢) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه ج ٤ ص ٩٤ .

على ما تقدم أن أبا الفرج روى عن مالك أن بيع العقار الموقوف لمصلحته جائز اذا رأى الحاكم ذلك وعندئذ يجعل ثمنه فى مثله

مذهب الشافعية :

جاء فى نهاية المحتاج أن من أتلف عين الوقف ضمنها واشترى بالقيمة ما يكون وقفا مكانها مع مراعاة الجنس وليس يجوز استبدال الوقف فى غير هذا ولذا يرى الشافعية أن المسجد اذا انهدم وتعذرت اقامته لم يبع بحال لامكان الانتفاع بأرضه وذلك بالصلاة فيها [١] ، ويستعمل الشافعية اسم الابدال والاستبدال فى ابدال المشترى عينا بالثمن قبل دفعه للبائع ففى نهاية المحتاج ولو أبدل المشترى الثمن بمثله أو بغير جنسه وكان ذلك برضى البائع فهو فى الحكم كبيع المبيع قبل قبضه للبائع فلا يصح الا ان كان الاعتياض عنه بالمبيع نفسه أو بمثل المبيع ان كان قد تلف أو كان دينا فى الذمة ، [٢] وفيه أيضا أنه يجوز أن يستبدل الثمن بغيره اذا كان دينا فى الذمة قبل قبض المبيع أو بعده حيث لزم عقد البيع لحديث ابن عمر رضى الله عنهما (كنت أبيع الابل بالدنانير وآخذ مكانها الدراهم وأبيع بالدراهم وآخذ مكانها الدنانير فأتيت النبى صلى الله عليه وسلم فسألته عن ذلك فقال لا بأس اذا تفرقتما وليس بينكما شىء) وكالثمن كل دين مضمون بعقد كأجرة وصداق ، وعوض خلع ودين ضمان ولو ضمان المسلم فيه وهذا فى الجديد أما القديم فعلى منع ذلك فان كان بين البدلين موافقة فى جنس الربا كذهب عن ذهب أو فى علة الربا كدراهم عن دنانير اشترط ما يشترط فى مبادلة الربوى بالربوى حذرا من الربا ومن ذلك وجوب التقابض فى المجلس والا لم يشترط كثوب عن دراهم فى الأصح [٣] وراجع فى ذلك مصطلح بيع عند الكلام على أحكام التصرف فى الثمن قبل قبضه .

مذهب الحنابلة :

جاء فى كشاف القناع اذا شرط الواقف بيع الموقوف عند خرابه وصرف الثمن فى مثله فسد الشرط . وصح الوقف حكاه الحارثى عن القاضى وقيل يبطل الوقف أيضا ثم رجح عدم الغاء الشرط بقوله بعد : وجواز بيع الموقوف عند خرابه ثابت . والثابت لا يكون اشتراطه مفسدا وانما يكون تأكيدا للحكم الثابت ، وجاء فى موضع آخر لا يصح ابدال الوقف ولو بخير منه الا أن تتعطل منافعه المقصودة منه بخراب ونحوه بحيث لا يرد على أهله شيئا أو يرد عليهم مالا يعد نفعا وتتعذر عمارته وعود منافعه وذلك عند مالا يكون له ريع يعمر به فعند ذلك يصح بيعه وصرف ثمنه فى مثله ولو مسجدا للنهى عن أضاعة المال وفى تركه على حالة اضاعة لماليته وعن أحمد يجوز بيع المسجد وصرف ثمنه فى عمارة مسجد آخر وعند ما يباع الوقف يصرف ثمنه فى مثله اذ فى اقامة بدله مقامه تأييد له أو

(١) نهاية المحتاج للرملى ج ٥ ص ٣٨٩ ص ٣٩٢ .
(٢) المرجع السابق ج ٤ ص ٨٥ .
(٣) المرجع السابق ج ٤ ص ٨٨ .

يشترى به بعض مثله ان لم يف الثمن بشراء مثله ويصرف مصرفه ويجوز بيع بعضه لعمارة بقيته اذا لم تكن غلة لهوبمجرد شراء البدل عن الوقف يصير وقفا مكانه دون حاجة الى عقد جديد وولاية البيع للحاكم ان كان مصرفه فى سبيل الخير والا فلناظره والأحوط حينئذ أن يستأذن الحاكم فى بيعه فان لم يكن له ناظر كانت الولاية للحاكم (١) .

مذهب الزيدية :

لم يستعمل الزيدية لفظ الاستبدال أو الابدال فى بيع الموقوف وانما استعملوا لفظ البيع وجاء ذلك فى التاج المذهب والبحر الزخار ففى التاج لا يجوز بيع الوقف الا فى أربع حالات .

أولا : اذا خيف فساده أ وتلفه أن بقى

ثانيا : اذا خيف فساد الموقوف عليهم بسبب نزاعهم عليه واختلافهم فيه .

ثالثا : اذا لم يمكن اصلاحه الا ببيع بعضه فيباع بعضه لاصلاح الباقى ، وليس فى هذه الاحوال استبدال أو ابدال بجعل عين وقفا مكان ما بيع بل ينتهى بذلك الوقف .

رابعا : ما بطل نفعه فى الغرض الذى وقف عليه فيباع ليشترى بثمنه عينا تصير بمجرد الشراء وقفا مكانه على ما كان موقوفا عليه ، وعليه فلا يحتاج الى تجديد الوقف ، وفى البحر : وما بطل نفعه فى المقصود منه بيع لاعاضته ليحل محله ما يصير وقفا مكانه على ما كان موقوفا عليه محافظة على غرض الواقف (٢) .

(١) كشاف القناع ج ٤ ص ٢١٢ ، ٢٠٨ ، ٢٤٦

(٢) التاج المذهب حـ ٣ ص ٢٣٠ والبحر الزخار ج ٤ ص ١٥٨ .

مذهب الامامية :

لا يجوز الشيعة الامامية بيع الوقف على أية حال واذا انهدمت جدره لم تخرج الوصية عن أن تكون وقفا لا يجوز بيعه ولكن لو وقع خلف بين مستحقى ريعه بحيث يخشى عليه بسبب ذلك الخراب جز بيعه خلافا لابن ادريس ولو قيل بجواز بيعه عند تخربه وعدم ما يعمر به على أن يشترى بثمنه عينا تصير وقفا مكانه لكان ذلك وجها (٣) .

اسْتِبْرَاء

المعنى اللغوى والاصطلاحى

جاء فى المصباح « استبرأت المرأة طلبت براءتها من الحبل .. واستبرأت من البول تنزهت عنه وما قرره الفقهاء فى معنى الاستبراء لا يكاد يخرج عن هذا المعنى وقد تكلم الفقهاء عن استبراء الرحم والاستبراء من البول على الوجه الآتى :

استبراء الرحم

جاء فى العناية فى الفقه الحنفى « استبرأت الجارية أى طلبت براءة رحمها من الحمل (٤) وقال الشافعى انه تربص الامة مدة بسبب ملك اليمين حدوثا أو زوالا لمعرفة براءة الرحم أو للتعبد (٥) ومثله عند الحنابلة (٦) والاباضية (٧) وكذا المالكية (٨) .

(٣) تحرير الاحكام حـ ١ ص ٢٩٠ .

(٤) العناية بهامش الفتح جـ ٨ ص ١١٠ طبعة مصطفى محمد .

(٥) مغنى المحتاج جـ ٣ ص ٣٧٦ .

(٦) كشاف القناع جـ ٣ ص ٢٧٧ .

(٧) شرح النيل جـ ٣ ص ٣٢٢ .

(٨) الشرح الكبير للدردير جـ ٢ ص ٤٦٠ .

متى يجب الاستبراء

مذهب الحنفية :

جاء فى الهداية من اشترى جارية فانه لا يقربها ولا يلمسها ولا يقبلها .. حتى يستبرئها والاصل فيه قوله عليه السلام فى سبايا أو طاس ألا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحيالى حتى يستبرأن بحيضه ، أفاد وجوب الاستبراء على المولى [١] وفى شرح العناية أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن الاستمتاع أبلغ نهى مع وجود الملك المطلق له واليد الممكنة منه وذلك لا يكون الا للوجوب [٢] وهذا الحكم يتعدى الى سائر أسباب الملك ففى المبسوط « لو ملكها بهبة أو صدقة أو وصية أو ميراث أو جناية وجبت عليه أو جعل كتابة أو خلع فعليه الاستبراء فيها لحدوث ملك الحل له بسبب ملك الرقبة .. واذا أراد الرجل أن يبيع أمته وقد كان يطؤها فلا ينبغى له أن يبيعها حتى يستبرئها بحيضة هكذا روى عن عبد الله بن عمر رضى الله عنهما وهذا الاستبراء فى حق البائع مستحب عند الحنفية .. لأن وجوب الاستبراء انما هو على المشترى .. فيستحب للبائع أن يستبرئها احتياطا وليس للمشترى أن يجتزىء بذلك لانه قد حدث ملك الحل فيها للمشترى بالشراء فعليه أن يستبرئها واذا أراد البائع أن يزوجها لم يكن له ذلك حتى يستبرئها وفى الجامع الصغير للزوج أن يطأها قبل أن يستبرئها عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد أحب الى أن لا يطأها حتى يستبرئها كى لا يؤدى الى اجتماع رجلين على امرأة واحدة فى طهر واحد .. قال صلى الله عليه وسلم لا يحل لرجلين يؤمنان بالله واليوم الآخر أن يجتمعا على امرأة واحدة فى طهر واحد . وجه قولهما أن الاستبراء وظيفة ملك اليمين كما أن العدة وظيفة ملك النكاح فكما لا تنتقل وظيفة النكاح الى ملك اليمين فكذلك لا تنتقل وظيفة ملك اليمين الى النكاح [٣] .

مذهب المالكية :

جاء فى الشرح الكبير « يجب الاستبراء لجارية بحصول الملك بشراء أو غيره ولو بانتزاعها من عبده — لا بتزوج [٤] فاذا اشترى جارية أو وهبت له أو تصدق بها عليه وأراد وطأها فيجب عليه استبراؤها وفى المقدمات أن استبراء الاماء واجب لحفظ النسب [٥] ولوجوب الاستبراء عند المالكية ثلاثة شروط :

أولها : ألا يتيقن براءة رحمها فان تيقنت براءة رحمها أى غلب على الظن ذلك فلا استبراء .

ثانيها : أن لا يكون وطؤها مباحا لمن ملكها قبل حصول الملك فان كان كذلك فلا استبراء كمن اشترى زوجته أو وهبت له ..

(١) الهداية جـ ٨ ص ١١٠ ، ١١٣ مطبوع مع نتائج الافكار .
(٢) العناية مع نتائج الافكار جـ ٨ ص ١١٠ — ١١٣ .

(٣) المبسوط جـ ١٣ ص ١٤٧ — ١٥٣ .
(٤) الشرح الكبير للدردير جـ ٢ ص ٤٩٠ .
(٥) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ ٢ ص ٤٩٠ .

وثالثها : أن لا تحرم عليه فى المستقبل فلا استبراء على من اشترى محرمة أو متزوجة بغيره • واذا كانت من لا تحرم عليه فى المستقبل صغيرة ولكنها تطيق الوطء أو كانت كبيرة وكانتا ــ الصغيرة المطيقة والكبيرة ــ لا تحملان عادة كبنت تسع سنين وبنت سبعين سنة فان الاستبراء واجب • وكذلك يجب استبراء الأمة ولو كانت وخشا ــ أى حقيرة ــ سواء كانت ثيبا أو بكرا لاحتمال الحمل [١] •

ولو اشترى الأمة رجل غير الزوج ثم طلقت قبل البناء فان المشترى لا يطؤها حتى يستبرئها ولا ينزل المشترى منزلة الزوج فى عدم الاستبراء خلافا لسحنون• وكما يجب الاستبراء بحصول الملك يجب باخراجه أى عند بيعها أو تزويجها ولكن اذا لم يكن السيد وطئها جاز له بيعها أو تزويجها بلا استبراء للامن من حملها منه [٢] •

ويجب الاستبراء على الوارث بموت السيد ولو استبرأها قبل موته اذ لا بد من استبراء الوارث •• قال الدسوقى لو كان السيد غائبا ولا يمكنه الوصول اليها وكانت لا تخرج فى حوائجها فانه لا يجب على الوارث استبراؤها وله وطؤها بلا استبراء [٣] • والأمة التى مات عنها زوجها أو طلقها فاعتدت وانقضت عدتها ثم مات سيدها بعد ذلك يجب على الوارث أن يستبرئها لانها حلت للسيد زمنا • وكذلك يجب الاستبراء على المشترى فيما اذا أنقضت عدتها ثم باعها سيدها • أما اذا مات سيدها قبل انقضاء عدتها فلا يجب الاستبراء لانها لم تحل لسيدها زمنا ما • ويجب الاستبراء بالعتق تنجيزا أو تعليقا فليس لاجنبى تزوجها قبل استبرائها بحيضه •• ان لم يستبرئها معتقها قبل العتق ولم تخرج من عدة زوجها قبل العتق أيضا فان استبرأها سيدها قبل العتق أو انقضت عدتها قبله فلا يجب الاستبراء • أما المعتق فله تزوجها بغير استبراء اذا كانت خالية من عدة [٤] •

مذهب الشافعية :

جاء فى مغنى المحتاج : يجب الاستبراء لحل تمتع أو تزوج بسببين :

أحدهما وهو مختص بحل التمتع ــ ملك حر جميع أمة لم تكن زوجة له بشراء أو ارث أو هبة أو بسبب سبى بعد القسمة لان الغنيمة لا تملك قبل القسمة • وكذلك يجب استبراء الأمة بسبب رد بعيب أو تحالف أو اقالة أو قبول وصية أو غير ذلك كفسخ بفلس ورجوع فى هبة فلا فرق بين الملك القهرى والاختيارى •

والاستبراء واجب سواء كانت الأمة بكرا أو كان البائع قد استبرأها قبل البيع أو كانت قد انتقلت من صبى أو من امرأة أو كانت الأمة صغيرة أو آيسة• ولو ملك أمة مزوجة أو معتدة من زوج أو

(١) المرجعين السابقين نفس الموضع •
(٢) المرجعين السابقين ج ٢ ص ٤٩١ •
(٣) المرجعين السابقين ج ٢ ص ٤٩٢ •
(٤) المرجعين السابقين ج ٢ ص ٤٩٣ •

وطء شبهة لم يجب عليه استبراؤها حالا لأنها مشغولة بحق غيره فان زالت الزوجية والعدة .. وجب حينئذ الاستبراء فى الاظهر [١] .

ثانيها : زوال فراش عن أمة موطوءة بملك اليمين مستولدة أو غير مستولدة وسواء كان زوال الفراش بعتق منجز أو موت السيد عنها فانه يجب عليها الاستبراء لزوال فراشها كما تجب العدة على المفارقة من نكاح فان كانت الأمة لم توطأ فلا استبراء بعتقها جزما .. ولو مات السيد عن أمة موطوءة لم يعتقها فانها تنتقل للوارث وعليه استبراؤها لحدوث ملكه . ولو عتقت الأمة وهى مزوجة أو معتدة عن زوج فلا استبراء عليها لانها ليست فراشا للسيد ولأن الاستبراء لحل التمتع وهى مشغولة بحق الزوج[٢] .

مذهب الحنابلة :

جاء فى كشاف القناع « يجب الاستبراء بملك اليمين من قن ومكاتبة وأم ولد ومدبرة عند حدوث الملك بشراء أو هبة أو أرث أو وصية . أو غنيمة أو غير ذلك بأن أخذها عوضا فى اجارة أو حوالة أو خلع أو صلح فلا يحل له وطؤها ولا الاستمتاع بها حتى يستبرئها سواء كانت بكرا أو ثيبا وسواء كانت صغيرة يوطأ مثلها أو كانت كبيرة وسواء كانت ممن تحمل أو ممن لا تحمل فان الاستبراء واجب ... » سواء ملكها من صغير أو كبير أو رجل أو أمرأة أو مجبوب أو كان ملكها من رجل قد استبرأها قبل البيع ثم لم يطأها فليس للمشترى وطؤها حتى يستبرئها ... وان اشترى غير مزوجة فاعتقها قبل استبرائها لم يصح تزوجه بها قبل الاستبراء لان النكاح يراد للوطء وهو حرام .. وان باع أمته أو وهبها أو صالح بها أو أصدقها أو خالع عليها ثم عادت اليه بفسخ لخيار أو عيب أو اقالة أو غيره حيث انتقل الملك وجب استبراؤها ولو قبل القبض لأنه تجديد ملك سواء كان المشترى لها رجلا أو امرأة . ان افترقا البائع والمشترى أو نحوهما . وان لم يفترقا فلا يجب الاستبراء .. وأن اشترى أمة مزوجة فطلقها الزوج قبل الدخول وجب استبراؤها [٣] .

وان وطىء أمته ثم أراد تزويجها أو بيعها لم يجز له ذلك حتى يستبرئها فأن خالف وفعل بأن زوجها أو باعها قبل استبرائها صح البيع لان الاصل عدم الحمل ولا يصح النكاح لانه لا يصح قبل الاستبراء ... ويستحب استبراء الآيسة على القول بعدم وجوبه خروجا من الخلاف[٤] .

واذا أعتق أم ولده أو أعتق أمته التى

(١) مغنى المحتاج ج ٣ ص ٣٧٦ — ٣٧٧ .
(٢) المرجع السابق ص ٣٧٧ .

(٣) ، (٤) كشاف القناع ج ٣ ص ٢٧٧ — ٢٨٠

كان يصيبها قبل استبرائها أو مات عنها لزمها استبراء نفسها لأنها موطوءة وطأ له حرمة فلزمها استعلام براءة رحمها [١].

مذهب الظاهرية :

جاء فى المحلى « من كانت له جارية يطؤها وهى ممن تحيض فأراد بيعها فالواجب عليه أن لا يبيعها حتى تحيض حيضا يتيقنه كذلك ان أراد انكاحها أو هبتها .. فان كانت ممن لا تحيض فلا يبيعها حتى يوقن أنه لاحمل بها ثم على الذى انتقل ملكها اليه أن لا يطأها حتى يستبرئها بحيضة ويوقن أنها حيضة أو حتى يوقن أنه لا حمل بها الا أن يصح عنده أنها قد حاضت عند الذى انتقل ملكها عنه حيضا متيقنا وأنه لم يخرجها عن ملكه حتى أيقن أنه لا حمل بها فليس عليه أن يستبرئها حينئذ ولا يجوز أن يجبر على مواضعتها على يدى ثقة ولا أن يمنع منها لان كلا الامرين شرط ليس فى كتاب الله تعالى .. ولا يجب فى البكر استبراء أصلا فان ظهر بها عند المشترى أو الذى انتقل ملكها اليه أو الذى تزوجها حمل بقيت حتى تضع أو حتى يوقن بأن الحمل كان قبل انتقال ملكها اليه فان تيقن بذلك فسخ البيع أو الهبة أو الاصداق أو النكاح وردت الى الذى كانت له [٢].

مذهب الزيدية :

جاء فى شرح الازهار « وعلى واهب الأمة وبائعها الاستبراء قبل عقد الهبة والبيع مطلقا سواء كان الواهب والبائع رجلا أو امرأة وسواء كانت المبيعة بكرا أو ثيبا وسواء كانت موطوءة أم لا تصلح للجماع أم لا فان كان المالك صغيرا لزم الولى .. ويجب على منكحها أن يستبرئها للعقد متى أراد تزويجها ومن تجدد له على الأمة ملك بأن يرثها أو يشتريها أو يسبيها أو توهب له فانه اذا أراد وطأها استبرأها لا اذا تجدد له عليها يد فقط بأن تكون فى يد غيره ثم رجعت اليه .. وكذا اذا كانت مزوجة فطلقت قبل الدخول وكذا اذا كانت كافرة فأسلمت فأراد وطأها فانه لا يجب عليه استبراؤها .. واذا أقال البائع المشترى أو تفاسخا كان ذلك كالبيع الجديد .. وكذلك الفسخ اذا وقع بالتراضى فقط لأنه يكون مع التراضى كالعقد الجديد . فأما ما كان ينفسخ ولو لم يقع تراض كالرد بالرؤية وبخيار الشرط مطلقا وبالعيب والفساد اذا فسخا بحكم حاكم فقط فانه فى هذه الصور ليس بعقد جديد بل فسخ للعقد من أصله فلا يجب استبراء على واحد منهما [٣] .

ومن ناحية أخرى نص الزيدية على أن الحرة يلزمها الاستبراء فى بعض الاحوال ففى شرح الازهار (ان المرأة قد تستبرأ مدة وذلك نحو الحامل من زنا فانها تستبرىء الموطء بالوضع

(١) المرجع السابق .
(٢) المحلى ج ١٠ باب الاستبراء .

(٣) شرح الازهار ج ٢ ص ٢٥٤ — ٢٥٧ .

ولا تستبرىء للعقد بل يجوز عقد النكاح عليها حال حملها ولا توطأ حتى تضع وتطهر من نفاسها وعن أبى العباس الحسنى لا يجوز العقد عليها .. فان كانت الزانية حائلا لم يجب استبراؤها عندنا وقال أبو جعفر تستبرىء بحيضة ... والمنكوحة باطلا وهى التى نكحت فى العدة ودخل بها الزوج مع الجهل .... ومثل هذه المغلوط بها قيل ألا أن يكون زوجها الذى أراد نكاحها فلا يجب عليه استبراء ... ومن اللائى يستبرئن المرأة التى فسخ نكاحها من أصله وهى التى تزوجت من غير ولى وشهود ثم يفسخه الحاكم ، وحربية أسلمت عن كافر هاجرت أو لم تهاجر [١] .

مذهب الامامية :

جاء فى الروضة البهية « ويجب الاستبراء للأمة بحدوث الملك على التملك وزواله على الناقل بأى وجه كان من وجوه الملك أن كان قد وطىء [٢] فعلى البائع استبراء الأمة قبل بيعها ان كان وطئها وان عزل ويجب على المشترى أيضا استبراؤها الا أن يخبره الثقة بالاستبراء . الا أن تكون لامرأة فلا يجب استبراؤها ولا يلحق بالمرأة العنين والمجبوب والصغير الذى لا يمكن فى حقه الوطء وكذلك لا يجب الاستبراء اذا كانت آيسة أو صغيرة أو حائضا انما يجب استبراؤها بقية حيضها ولو لحظة .

ويجب الاستبراء بالسبى والارث ... ولو باعها من غير استبراء أثم وصح البيع وغيره [٣] ... وفى كتاب الخلاف اذا أراد المشترى تزويج الأمة فلا يجوز له ذلك الا بعد الاستبراء وكذلك اذا أراد أن يعتقها ثم يتزوجها قبل الاستبراء لم يكن له ذلك .. واذا باع جارية من غيره ثم استقال المشترى فأقاله فان كان قد أقبضها اياه وجب عليه الاستبراء ... وان طلقها — زوجها — بعد الدخول فانه يجب الاستبراء ولا تحل — لسيدها — الا بعده [٤] .

مذهب الاباضية :

جاء فى شرح النيل يجب استبراء الأمة ولو لم يعرف أن من كانت عنده قد تسراها أو فعل بها ما يوجب عدة لأن من شأنها أن يتمتع بها مالكها . والاستبراء واجب قبل التسرى ان كانت الأمة ملكا له ببيع أو كانت ملكا له بموت سيد بواسطة ارث أو شراء عن ورثته أو نحو ذلك .. وقيل لا يجب الاستبراء فى صغيرة لا يمكن أن تحمل كبنت ست وما دونها . ويجب استبراء الأمة ولو كانت من امام عادل أو من صبى لا يمكن منه المسيس .. أو من محرمها بحيث لا تخرج عليه حرة كعمها أو خالها من الرضاع [٥] ... « ولمالك الأمة عتقها ومكاتبتها بلا استبراء [٦] .

---

(١) شرح الازهار جـ ٢ ص ٤٧٨ .
(٢) الروضة البهية جـ ٢ ص ١٥٩ — ١٦٠ .

(٣) الروضة حـ ١ ص ٢٩٦ .
(٤) الخلاف حـ ٢ ص ٣١٤ ، ص ٣١٥ .
(٥) شرح النيل حـ ٣ ص ٣٢٣ ، ص ٣٢٤ .
(٦) المرجع السابق حـ ٣ ص ٣٢٧ .

ما يكـون به الاسـتبراء

مذهب الحنفيـة :

جاء فى المبسـوط « الأصل فى اسـتبراء الأمـة أنه يكون بحيضـة ... فان كانت الأمة لا تحيض من صغر أو كبر فاستبراؤها شـهر لأن الشهر قائم مقام الحيض والطهر شرعا .. وان كانت حاملا فاستبراؤها بوضع الحمـل لعمـوم قول النبى صـلى الله عليه وسـلم فى سـبايا أو طاس « ألا لا توطأ الحبالى من الغير حتى يضـعن حملهن ولا والحيـالى حتى يستبرأن بحيضـة » واذا أرتفـع حيضـها وهى ممن تحيـض تركها سـيدها حتى اذا اسـتبان له أنها ليسـت بحـامل جاز له وطـؤها لأن المقصـود تعـرف براءة الرحـم من ماء البـائع ليتيقن بصحة البيع وحصـول الملك للمشـترى فيها وقـد حصـل ذلك بمضى الزمن وليـس فى هـذه المدة تقـدير بشىء فيـما يروى عن أبى حنفـة وأبى يوسـف رحمهما الله تعالى الا أن مشـايخنا رحمهم الله قالـوا يتبين ذلك بشـهرين أو بثلاثة أشـهر .. وكان محمـد رحمـه اللـه يقول أولا يستبرئهـا بأوبعة أشـهر وعشر اعتبارا بأكثر العدة وهى عـدة الوفاة فى حـق الحـرة ثم قال يسـتبرئها بشهرين وخمسة أيام لأن أطول مـدة العدة فى حـق الأمة هـذا وقال زفر يسـتبرئها بحولين أكثـر مدة الحمـل وكان أبو مطيـع البلخى يقـول يسـتبرئها بتسـعة أشـهر لأنها مـدة الحبـل فى النسـاء عادة .. واذا اشـتراها وهى حائض لم يحتسـب بتلك الحيضـة وعليـه أن يسـتبرئها بحيضـة أخـرى وعن أبى يوسـف أنها اذا طهـرت من هـذه الحيضـة فله أن يطأها لتبين فراغ رحمهـا ... وقـد ورد عليـه أن الشرع ألزمه الاسـتبراء بحيضـة وهى لا تتجزأ .. واذا اشـترى جارية لا تحيـض فاستبرأها بعشرين يوما ثم حاضـت بطـل الاسـتبراء بالأيام لان الشـهر بـدل عن الحيـض واكمال البدل بالاصـل غير ممكن ولكن القدرة على الأصـل قبـل حصـول المقصـود بالبـدل يسـقط اعتبـار البدل [1] .

مذهب المالكيـة :

وعند المالكية أن الاستبراء يكون بحيضة فان تأخر الحيض فى الأمة سواء كانت قنا أو أم ولـد عن عادتهـا لا لسبب أو بسـبب رضاع أو مـرض أو اسـتحيضت ولم تمـيز دم الحيـض من دم الاسـتحاضة فان استبراءها فى هـذه الأحـوال يكـون بثلاثة أشـهر وكـذلك اذا كانت صـغيرة مطيقـة للوطء أو آيسـة وكـذا اذا كانت عادتها أن يأتيها الحيـض بعـد ثلاثة أشـهر الى تسـعة يكون استبراؤها بثلاثة أشـهر . غـير أنه اذا كان تأخـر الحيض عن العـادة لغـير سـبب أو كانت قد اسـتحيضت ولم تميز دم الحيـض من دم الاسـتحاضة فلا بـد بعـد تمـام الثـلاثة أشـهر أن ينظـرها النسـاء لمعـرفة ما اذا كانت حامـلا أو لا . فأن تأكـد أنهـا حامل تنظـر حتى تضـع حملهـا وان ارتبـن انتظـرت الى تمـام تسـعة أشـهر فان زالـت الريبـة بعـد ذلك حلت وان اسـتمرت الريبـة بعد التسعة

(١) المبسوط ج ١٣ ص ١٤٥ ، ص ١٤٨ .

الاشـــهر فان لم تزد الريبـــة حلت وان زادت مكثت أقصى مـدة الحمـل .

أما من تأخـر حيضـــها عن عادتها بسبب مـرض أو رضـــاع أو كانت عادتهـــا أن يأتيهـــا الحيـض بعـــد ثلاثة أشـــهر الى تســـعة أو كانت صـــغيرة مطيقـــة للوطء أو آيسة فانهـــا تحـل بمجرد مـدة الاستبراء وهى ثـــلاثة من غـــير حاجـــة الى نظـــر النســـاء (١) .

مذهب الشـــافعية :

جـــاء فى مغنى المحتاج « والاســـتبراء يحصل لذات الاقراء بقرء وهو حيضـــة كاملة بعد انتقال الملك كما فى الجديد ولا يكفى بقية الحيضـــة التى وجد الســـبب فى أثنائها ... وذات الاشـــهر من صـــغيرة وغيرها يحصـــل اســـتبراؤها بشـــهر فقـــط لأنه كقـــرء فى الحـــرة فـــكذا فى الأمة .. والمتحـــيرة تســـتبرىء بشـــهر أيضـــا . والأمـــة الحامل يحصـــــل اســـتبراؤها بوضـــع الحمـــــل ســـواء كانت مســـبية أو غير مســـبية بل ولو كانت حامـــلا من زنا فى الأصـــح ... والأمة الموصى بهـــا اذا مضى زمن استبرائها بعـــد موت الموصى وبعـــد قبـــول الموصى له يحســـب كمـــا فى الأرث وكـــذا بعـــد موت الموصى وقبـــل قبـــول الموصى لـــه كما قاله الرافعـــى (٢) .

مذهب الحنـــابلة :

جاء فى كشاف القنـــاع يحصل اســـتبراء الحامل بوضـع الحمل كله لقوله تعالى « وأولات الأحمال أجلهن أن يضـعن حملهن » ولقـــوله صلى الله عليـــه وســـلم « لا توطأ حامـــل حتى تضـــع ولا غـــير ذات حمـــــل حتى تحيـــض » ولأنه لو تـــرك الاســـــتبراء لأفضى الـــى اختـــلاط الميـــاه واشـــــتباه الانســـــاب ويحصـــــل بحيضـــة ان لم تكن حاملا لا ببقيتها اذا ملكها حائضـــا فيحصـــل بحيضـــة واحـــدة لمن تحيض ولـــو كانت تبطىء حيضـــها أكثر من شـــهر ويحصـــل الاســـتبراء بمضى شـــهر للآيســـة والصغيرة والبـــالغ التى لم تحـــض لأن الشـــهر أقيم مقـــام الحيض .. وان أرتفـــع حيضـــها لا تـــدرى ما رفعـــه فبعشرة أشـــهر : تسعة الحمـــل وشـــهر للاســـتبراء بدل الحيضـــة. وان عرفـــت ما رفعـــه أنتظـــرته حتى يجىء فتســـتبرىء به . أو تصـــير من الآيســـات فستبرىء اســـتبراءهن بشـــهر (٣) .

مذهب الظـــاهرية :

جاء فى المحلى لابن حـــزم الظاهرى « مدة الاســـتبراء لمن تحيـــض حيضـــة واحـــدة متيقنـــة وان كانت لا تحيض فلابد من تيقن عـــدم حملهـــا » (٤) .

مذهب الزيـــدية :

جاء فى شرح الازهار « وأما مدة الاستبراء فيجب استبراء الحائض بحيضة ... وتغتسل أو يمضى عليها وقت صلاة فان كانت حين عزم على بيعها حائضا استبرأها بحيضة أخـــرى

---

(١) الشرح الكبير للدردير جـ ٢ ص ٤٩٣ ، ٤٩٤

(٢) مغنى المحتاج حـ ٣ ص ٣٧٨ — ص ٣٧٩ .

(٣) كشاف القناع حـ ٣ ص ٢٨٢ .

(٤) المحلى حـ ١٠ ص ٣١٥ .

غير التى هى فيها وقال الناصر بل يكتفى بها ••• واذا كانت الأمة من ذوات الحيض وهى الآن منقطعة بعارض لا لأجل اليأس فان سيدها اذا أراد هبتها أو بيعها يستبرئها بأربعة أشهر وعشر — وقيل — يتربص أكثر مدة الحمل وقال الناصر ثلاثة أشهر والصحيح الأول ويستبرأ غيرهما أى غير الحائض والتى انقطع حيضها لعارض بشهر وهى الصغيرة والكبيرة والآيسة من الحيض (١) ••• وأم الولد اذا عتقت باعتاق سيدها لم يجز نكاحها حتى تستبرىء بحيضتين وان عتقت بموت سيدها ندب ثالثة للموت •••• والمعتقة تستبرىء للوطء بالنكاح بحيضة وأما مدة استبراء الحرة فى الحالات الثلاث التى ذكرها الزيدية فهى مدة عدة الطلاق — يعنى الحامل بوضع جميعه متخلقا والحائض بثلاث حيض والصغيرة والآيسة بثلاثة أشهر فلا يخالف هذا الاستبراء مدة العدة الا فى صورة واحدة وهى أن لمنقطعة الحيض من هؤلاء الثلاث بعارض حكما آخر وهو استبراؤها بأربعة أشهر وعشر بخلاف المطلقة فانها تتربص الى مدة اليأس (٢) •

مذهب الامامية :

الاستبراء عند الامامية يكون بحيضة ان كانت تحيض أو مضى خمسة وأربعين يوما اذا كانت لا تحيض وهى فى سن من تحيض (٣) •

واستبراء الحامل يكون بوضع الحمل مطلقا لاطلاق النهى عن وطئها فى بعض الاخبار حتى تضع ولدها (٤) • والأمة المشتراة والمسبية بقرأين وهما طهران وروى حيضة بين الطهرين والمعنى متقارب •

مذهب الاباضية :

عند الاباضية يكون الاستبراء بحيضتين وقيل يكون بحيضة واحدة وقيل بحيضتين عند البائع وبحيضتين عند المشترى واستبراء غير الحائض لصغر أو كبر يكون بخمسة وأربعين يوما وهو الصحيح وهذه المدة هى للأمة التى ملكت بالبيع فان ملكت الامة بموت سيد بواسطة أرث أو شراء عن ورثته أو نحو ذلك فاستبراؤها يكون بشهرين وخمسة أيام أى نصف أربعة اشهر وعشر •• واستبراء الحامل يكون بوضع حملها أو سقطه فذلك استبراؤها وقيل لابد من استبراء جديد (٥) •

طروء العدة على الاستبراء

مذهب الحنفية :

يرى الحنفية أن العدة أقوى من الاستبراء فعندما يجب على الأمة أن تعتد — بأن كانت متزوجة ثم مات عنها زوجها واعتدت عدة

(١) شرح الازهار حـ ٢ ص ٣٥٥ •
(٢) المرجع السابق حـ ٢ ص ٤٧٩ •

(٣) الروضة البهية جـ ٢ ص ١٥٩ ، ١٦٠ •
(٤) المرجع السابق حـ ١ ص ٢٩٦ •
(٥) شرح النيل جـ ٣ ص ٣٢٣ ، ٣٢٤ •

الوفـاة – فانه يكتفى بحكم العـدة ولا حاجة للالتجاء الى الاستبراء يقول السرخسى « العـدة أقوى من الاستبراء فعند ظهور العـدة لا يظهر حكم الاستبراء [١] .

مذهب المالكية :

وعند المالكية ان طرأ موجب العـدة على الاستبراء أو العكس قبل تمام المدة انهدم الأول أى بطل حكمه مطلقا واستأنفت حكم الطارىء فى الجملة ... فمثال طروء العـدة على الاستبراء : المستبرأة من وطء فاسد من شبهة أو غيرها وهى ذات زوج ثم يطلقها زوجها فانها تستأنف عـدة الطلاق من يومه وينهدم الأول أى الاستبراء . أما طروء الاستبراء على العـدة فكالمعتدة من طلاق بائن أو رجعى وطئها المطلق أو غيره وطئا فاسدا .. فانها تستأنف الاستبراء وتنهدم العـدة ، الا أن تكون معتدة من وفاة وطئت وطئا فاسدا فأقصى الأجلين عـدة الوفاة أو أمد الاستبراء ، وكذلك اذا طرأت عـدة وفاة على استبراء كمستبرئة من فاسد مات زوجها أيام الاستبراء فأقصى الأجلين .. ومن اشترى أمة معتدة من وفاة أو من طلاق وارتفعت حيضتها فعليها أقصى الأجلين فان لم ترتفع فلا استبراء واكتفت بالعـدة عنه [٢] .

(١) المبسوط جـ ١٣ ص ١٥٨ .
(٢) الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقى عليه جـ ٢ ص ٤٩٩ ، ٥٠٠ .

مذهب الشافعية :

جاء فى نهاية المحتاج « ولو مات سيد مستولدة مزوجة ثم مات زوجها أو ماتا معا اعتدت كالحرة ولا استبراء عليها وان تقدم موت الزوج موت سيدها اعتدت عدة أمة ولا استبراء عليها ان مات السيد وهى فى العدة فان مات بعد فراغ العدة لزمها الاستبراء وان تقدم أحدهما الآخر موتا وأشكل المتقدم منهما أو لم يعلم هل ماتا معا أو مرتبا اعتدت بأربعة أشهر وعشر من آخرهما موتا ثم ان لم يتخلل بين الموتين شهران وخمسة أيام فلا استبراء عليها ، وان تخلل بينهما ذلك أو أكثر أو جهل قدره فان كانت تحيض لزمها حيضة وان لم تحض فى العـدة لا حتمال موت السيد آخرا ولهذا لا ترث من الزوج ولها تحليف الورثة أنهم ما علموا حريتها عند الموت [٣] .

مذهب الحنابلة :

وعند الحنابلة كما فى كشاف القناع ، من اشترى أمة وهى معتدة من وفاة أو طلاق أو غيرهما أو زوج السيد أمته ثم طلقت بعد الدخول وعتقت فى العـدة لم يجب الاستبراء اكتفاء بالعـدة [٤] .

مذهب الزيدية :

ويرى الزيدية أن الأمة اذا وجبت عليها العـدة واعتدت بالفعل فانه لا يجب على سيدها أن يستبرأها بعد ذلك ففى

(٣) نهاية المحتاج جـ ٧ ص ١٥٨ طبعة سنة ١٣٥٧ هـ.
(٤) كشاف القناع جـ ٣ ص ٢٧٩ .

شرح الأزهار « واذا كانت مطلقة أو توفى عنها زوجها استبرأها بمضى العدة ولا يجب عليه أن يستأنف الاستبراء بعد انقضاء العدة [١] .

مذهب الامامية :

ينص الامامية كما جاء فى كتاب الخلاف — على أن الأمة المتزوجة اذا طلقت بعد الدخول بها لزمها عدة الزوجية وأغنى ذلك عن استبراء ثان لأن الاصل براءة الذمة وشغلها يحتاج الى دليل .. واذا اشترى أمة مجوسية ثم استبرأها ثم أسلمت اعتدت بذلك الاستبراء [٢] .

ما يترتب على الاستبراء من أحكام

مذهب الحنفية :

يترتب على تمام الاستبراء عند الحنفية — أنه يجوز لمالك الأمة أن يستمتع بها سواء فى ذلك الوطء أو مقدماته [٣] .

مذهب المالكية :

ومثل ذلك عند المالكية غير أنهم قالوا يحرم على المالك فى زمن الاستبراء الاستمتاع بجميع أنواعه من وطء ومقدماته حاملا أم لا الا أن يكون الاستبراء من زنا أو غصب أو اشتباه وهى بينة الحمل من سيدها فلا يحرم وطؤها ولا الاستمتاع بها [٤] .

مذهب الشافعية :

وعند الشافعية كما فى مغنى المحتاج — يحرم الاستمتاع بالمستبرأة قبل انقضاء الاستبراء بوطء وغيره ونظر بشهوة لأنه يؤدى الى الوطء المحرم فاذا طهرت من الحيض حل ما عدا الوطء على الصحيح وبقى تحريم الوطء الى أن تغتسل ، الا مستبرأة مسبية وقعت فى سهمه من الغنيمة فيحل له منها غير الوطء من أنواع الاستمتاعات وفارقت المسبية غيرها بأن غايتها أن تكون مستولدة حربى وذلك لا يمنع الملك وانما حرم وطؤها صيانة لمائه لئلا يختلط بماء حربى ، لا لحرمة ماء الحربى ، وقيل لا يحل الاستمتاع بالمسبية أيضا كغيرها وهو ما نص عليه فى الأم كما حكاه فى المهمات والمشتراة من حربى كالمسبية . الا أن يعلم أنها انتقلت اليه من مسلم أو ذمى ونحوه والعهد قريب . أما الاستخدام فلا يحرم وكذلك لا تحرم الخلوة بها ، يدل لذلك قولهم ولا تزال يد السيد عن أمته المستبرأة مدة الاستبراء وان كانت حسناء بل هو مؤتمن فيه شرعا لأن سبايا أوطاس لم ينتزعن من أيدى أصحابهن . فان وطئها السيد قبل الاستبراء أو فى أثنائه لم ينقطع الاستبراء وان أثم به فان حبلت منه قبل الحيض بقى التحريم حتى تضع أو فى أثنائه حلت بانقطاعه لتمامه قال امام الحرمين هذا ان مضى قبل وطئه أقل الحيض والا فلا تحل له حتى تضع كما لو أحبلها قبل الحيض [٥] .

---

(١) شرح الازهار حـ ٢ ص ٢٥٦ .
(٢) الخلاف حـ ٢ ص ٢١٦ .
(٣) نتائج الافكار حـ ٨ ص ١١٠ ، ص ١١٣ .
(٤) الشرح الكبير حـ ٢ ص ٤٩٤ .
(٥) مغنى المحتاج حـ ٣ ص ٣٨٠ .

مذهب الحنــابلة :

ومذهب الحنــابلة كمــا جاء فى كشــاف القنــاع أن من ملك أمــة بشراء أو غــيره فلا يحــل له وطؤها ولا الاســتمتاع بهــا بقبــلة ولا بنظــر بشهوة .. بكرا كانت أو ثيبا صغيرة يوطأ مثلها أو كبيرة فاذا استبرأها فقــد حــل له ذلك .. ويحــرم وطء مستبرأة من غير زمن اســتبرائها فان فعــل أى وطىء زمن الاســتبراء لم ينقطع الاســتبراء بالوطء لأن الاستبراء ـ حق عليه فلا يسقط بعد وانه وتبنى على ما مضى من الاستبراء(١) .

مذهب الظــاهرية :

ومذهب الظــاهرية كما جاء فى المحــلى أن على الذى انتقــل اليه ملك الأمــة أن لا يطــأها حتى يستبرئها .. ولكن يجــوز الاســتمتاع والتلذذ بالأمة قبل الاســتبراء بمـا دون الوطء لمــا روى عن طريق حمــاد ابن ســلمة عن ابن عمــر قال : وقعت فى ســهمى جارية يوم جلولاء (٢) كأن عنقهــا ابريق فضــة قال ابن عمر فما ملكت نفسى أن جعلت أقبلهــا والنــاس ينظرون فقــد أجاز التلذذ قبــل الاســتبراء (٣) .

مذهب الزيــدية :

وجــاء فى شرح الأزهــار بيــانا لمــذهب الزيدية « وهــؤلاء الذين أوجبنــا عليهــم الاســتبراء من بائــع أو واهب أو نحوهمــا يجوز لهم الاســتمتاع من الأمــة فى مــدة الاســتبراء لــكن يستمتعون فى غير الفــرج قال فى اللمع ما لم تكن حــاملا فلا يجــوز الاســتمتاع الا مشــتريا ونحــوه كالمتهب والغــانم والوارث فانه لا يجــوز له الاســتمتاع منهــا فى مــدة الاســتبراء اذا كان يجــوز الحمــل فيهــا فأما اذا كان لا يجوز الحمل فيها بأن تكون صغيرة أو آيسة جاز له الاســتمتاع .. وقال زيد بن على والنــاصر وأحمــد بن الحسين وهو قــول الاحــكام أنه لا يجوز للمشــترى الاستمتاع مطلقــا ســواء أكانت صــغيرة أم آيســة أم لا (٤) ، ويجــوز للمشترى أن يطأ أمتــه بعــد تمــام اســتبرائها وحيث أنهــم قرروا وجــوب اســتبراء الأمــة على البــائع والواهب ونحوهما (٥) قبــل التصرف فيهــا فانه يترتب على اســتبرائها اباحــة بيعهــا وهبتهــا وكذلك اباحــة العقــد عليهــا اذا أراد ســيدها أن يتزوجها (٦) ..

مذهب الامامیــة :

وعند الامامية على ما جاء فى الروضــة البهية أنه لا يحرم فى مــدة الاستبراء غير الوطء .. على الأقوى للخبر الصحيح . وقيل يحرم الجميع ولو وطء فى زمن الاســتبراء أثم وعزر مع العــلم بالتحــريم ولحق به الــولد لأنه فراش كوطئهــا حائضــا ، وفى ســقوط الاســتبراء حينئــذ وجــه لانتفاء فائدته حيث اختلط المــاءان والأقــوى وجوب الاجتناب بقية المــدة لاطلاق النهى فيها (٧) .

(١) كشاف القناع حـ ٣ ص ٢٧٧ ، ٢٧٨ .
(٢) بفتح الجيم قرية من نواحى فارس فتحت يوم اليرموك .
(٣) المحلى حـ ١٠ ص ٣٢٠ .

(٤) شرح الازهار حـ ٢ ص ٢٥٧ ، ٢٥٨ .
(٥) ، (٦) المرجع السابق ص ٢٥٤ ، ص ٢٥٦
(٧) الروضة البهية حـ ١ ص ٢٩٦ .

مذهب الاباضـــية :

ومذهب الاباضية كما جاء فى شرح النيل أنه : « لا يجوز التسرى بالامة قبل الاستبراء ومن فعل ذلك هلك لان ذلك زنا لانه كتزوج فى العدة [١] وهل يثبت نسب متسر بغير استبراء وهو الصحيح لأنه ابن له حر لانه ولده من أمته فيـكون الارث بينهمـا والحقـوق ، أولا يثبت النسب وهو عبـد يبيعه ان شـاء ويهبه ويتصرف فيه بما شـاء من المعاملات • أو يعتقه ويعطيه شيئا يعيش به •• قال شارح النيل وظاهر الديوان اختيـار هـذا الرأى الأخـير •• وانمـا تحـرم عليه لان المس بغـير اسـتبراء زنا لكن لا يرجم به ولا يجـلد وكذا هى ولا تحـل له أبدا الا على قـول من زعـم أن المرأة لا تحـرم على من زنى بهـا فعلى هـذا القـول تحـل له بعـد الاسـتبراء من هـذا المس الأخير [٢]

وبنـاء على هـذا فانه يجـوز لمن انتقل اليه ملك الأمـة أن يتسرى بهـا بعـد تمـام اسـتبرائهـا •

« الاستبراء من البول »

يقـول ابن عابدين فى المراد بهـذا النوع من الاسـتبراء : « أنـه طلب البراءة من الخارج حتى يستيقن بزوال الأثر [٣] •

حكـمه :

مذهب الحنفيـة :

قال الحصكفى يجب الاستبراء ، فعلق ابن عابدين على ذلك بقوله : « عبر بالوجوب تبعا للدرر وغيرها وبعضهم عبر بأنه فرض وبعضهم بلفظ ينبغى ، وعليه فهو مندوب •• ومحله اذا أمن خـروج شىء بعـده فينـدب ذلك مبالغة فى الاسـتبراء ، أو المراد الاسـتبراء بأشـياء مخصـوصة ـ من نحـو المشى أو التتحنح كما سـيأتى ـ أما نفس الاسـتبراء حتى يطمئن قلبـه بزوال الرشح فهـو فرض وهـو المـراد بالوجـوب ، ولهـذا قال الشرنبـلالى : يلزم الرجل الاسـتبراء حتى يزول أثر البـول ويطمئن قلبـه وقال عبرت باللزوم لكونه أقـوى من الواجب لأن هـذا يفـوت الجـواز بفوته فلا يصح له الشروع فى الوضـوء حتى يطمئن بزوال الرشـح ، وفى الغـزنوية أن المـرأة كالرجـل الا فى الاسـتبراء ، فانه لا استبراء عليهـا بل كلمـا فرغت تصـبر سـاعة لطيفـة ثـم تستنجى ومثله فى الامـداد [٤] •

مذهب المـالكية :

جاء فى الشرح الكبير للدردير « ووجب بعد قضاء الحاجة ، استبراء باستفراغ أخبثيه من البول والغائط مع سلت ذكر ونتر خفيفين وعلق الدسـوقى على ذلـك فقـال فلو توضـأ والبـول فى قصـبة الذكر أو الغـائط فى داخـل فم الدبر كان الوضـوء باطلا لأن شرط صحة الوضـوء عـدم حـصول المناف فالاستبراء مطلوب لاجل ازالة الحدث [٥] •

---

(١) شرح النيل حـ ٣ ص ٣٢٤ •
(٢) شرح النيل حـ ٣ ص ٣٢٥ ، ص ٣٢٦
(٣) حاشية ابن عابدين حـ ١ ص ٣١٩ •

(٤) المرجع السابق نفسه •
(٥) حـ ١ ص ١٠٩ ، ١١٠ •

مذهب الشافعية :

جاء فى مغنى المحتاج « ويستبرىء من البول ندبا عند انقطاعه . وانما لم يجب الاستبراء من البول كما قال به القاضى والبغوى مستدلين بما ورد فى شرح مسلم من قوله صلى الله عليه وسلم : « تنزهوا من البول فان عامة عذاب القبر منه — لأن الظاهر من انقطاع البول عدم عوده ، ويحمل الحديث على ما اذا تحقق أو غلب على ظنه بمقتضى عادته أنه ان لم يستبرىء خرج منه شىء [1] .

مذهب الحنابلة :

جاء فى كشاف القناع . اذا انقطع البول استحب له امرار عضوه بين أصبعيه [2] ، ومعنى ذلك أن الاستبراء بعد انقطاع البول مستحب عند الحنابلة .

مذهب الظاهرية :

قال ابن حزم : « وتطهير القبل والدبر من البول والغائط والدم من الرجل والمرأة لا يكون الا بالماء حتى يزول الاثر أو بثلاثة أحجار فان لم ينق فعلى الوتر أبدا يزيد كذلك حتى ينقى ، لا أقل من ذلك » [3] .

(١) حـ ١ ص ٤٤ .
(٢) حـ ١ ص ٤٦ .
(٣) المحلى حـ ١ ص ٩٥ .

مذهب الزيدية :

جاء فى شرح الأزهار أن الذى يريد الوضوء يبدأ بازالة النجاسة بالاحجار ثم بالماء حتى يظن ظنا مقاربا للعلم أن النجاسة قد زالت [4] .

مذهب الامامية :

جاء فى مفتاح الكرامة « ونص فى الوسيلة والغنية على أنه واجب صريحا ، وقد عقد له بابا فى الاستبصار فقال باب وجوب الاستبراء قبل الاستنجاء من البول ، وفى الروضة والذخيرة أن الاستبراء ثابت للذكر اجماعا ، وأثبته جماعة للأنثى .. وأبو على أثبت لها التنحنح [5] ، وجاء فى الروضة حكم للاستبراء فى حالة الغسل من الجنابة ونصه : « وكذلك يستحب الاستبراء بالبول للجنب بانزال المنى ليزيل أثر المنى الخارج [6] .

مذهب الاباضية :

ونص الاباضية على أنه ينبغى عند قضاء الحاجة أن يستبرىء الانسان من البول [7] .

(٤) حـ ١ ص ٨٠ ، ٨١ .
(٥) حـ ١ ص ٥٧ .
(٦) حـ ١ ص ٢٦ .
(٧) تناظر الخيرات حـ ١ ص ٣٢٦ .

كيفية الاستبراء من البول

مذهب الحنفيـــة :

يقرر الحنفية أن الاستبراء من البول يكون بمشى أو تنحنح أو نوم على شــقه الايسر ويختلف بطباع الناس على الصحيح ، فمن وقع فى قلبه أنه صار طاهرا جاز أن يستنجى لان كل أحــد أعلم بحــاله (١) .

مذهب المــالكية :

وكيفيته عند المالكية أن يمسك ذكره من أصله بأصبعيه السبابة والابهام .. يمرهما ويجذبه جذبا خفيفا ليخرج ما بقى فيه يفعل ذلك ثلاثا أو أقــل أو أكثر الى أن يغلب على الظن انقطاع المــادة وينبغى أن يخفف ولا يتبــع الاوهام فانه يؤدى الى تمكن الوسوسة من القلب (٢) ... والمرأة تضــع يدها على عانتها ويقــوم ذلك مقــام الســلت والنــتر .. وكيفية الاســتبراء من نجاســة الدبر أنه يكفى الاحساس بأنه لم يبــق شىء ممــا هو بصــدد الخــروج (٣) وما شــك فى خروجه بعــد الاســتبراء كنقطة فمعفو عنــه (٤) أى لا يجب التفتيش عنهــا فان فتش وراءها أخــذت حــكم الحـــدث والخبث فتنقض الوضــوء اذا لم تــلازم جــل الزمان ولا نصــفه ويجب غسلها اذا لم تعتره كل يوم .

مذهب الشــافعية :

ومذهب الشافعية أن الاستبراء من البول يكون بالتنحنح والمشى وأكثر ما قيل فيه سبعون خطوة ويكون بنتر ذكر وهو أن يمسح بيده اليسرى من دبره الى رأس ذكره بنتره بلطف ليخرج ما بقى من بــول ان كان ويكون ذلك بالابهام والسبابة لانه يتمكن بهما من الاحاطة بالذكر ، وتضع المرأة أطراف أصــابع يدها اليسرى على عانتها . قال فى المجموع والمختار أن ذلك يختلف باختــلاف الناس ، والقصــد أن يظن أنــه لم يبق بمجــرى البــول شىء يخاف خروجه ســواء حصــل هــذا بأدنى عصر أو احتــاج الى تكرر العصر أو احتاج الى تنحنح أو لم يحتج الى شىء لكن ينبغى أن لا ينتهى الى حــد الوسوسة ويكره حشو مخــرج البــول من الذكر بنحــو قطن (٥) .

مذهب الحنــابلة :

وكيفية الاستبراء عند الحنابلة هى كما جاء فى كشاف القناع « مسح الذكر باليد اليسرى من حلقة الدبر الى رأس الذكر ثلاثا لئلا يبقى شىء من البلل فى ذلك المحــل فيضع أصبعه الوسطى تحت الذكر والابهام فوقه ثم يمرهما الى رأس الذكر ويستحب نتر الذكر ثــلاثا ويتنحنح ويمشى خطوات ان احتــاج الى ذلك للاســتبراء لمــا فيه من التنزه من البــول فان عامــة عــذاب القبر منه (٦) .

مذهب الزيــدية :

جاء فى البحر الزخار : «وندب أن يتفحج(٧)، كفعله صلى الله عليه وآله وسلم ويتنحنح ثلاثا

(١) ابن عابدين حـ ١ ص ٣١٩ .
(٢) الشرح الكبير للدردير حـ ١ ص ١٠٩ ، ١١٠ .
(٣) السابق نفس الموضع .
(٤) السابق نفس الموضع .

(٥) مغنى المحتاج حـ ١ ص ٤٤ .
(٦) كشاف القناع جـ ١ ص ٤٦ ، ٤٨ .
(٧) الفحيج بتقديم الحاء على الجيم هو تباعد ما بين الرجلين .

وبعد الفراغ يستنتر بالجذب لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « اذا بال أحدكم فلينتر ذكره ثلاث مرات ويجعله بين أصبعيه السبابة وابهامه ويمرهما من أصله الى سربه [1] ثم يبالغ فى التنقية حتى يذهب الاجزاء والرائحة [2] أى حتى يذهب كل أثر للنجاسة .

مذهب الامامية :

جاء فى مفتاح الكرامة أن الاستبراء من البول يكون بنتر القضيب والمسح من المخرج الى رأسه ثلاث مرات ليخرج ، ما قد يكون باقيا وان وجد بللا بعد الاستبراء مشتبها لم يلتفت اليه . أما اذا كان لم يستبرىء من البول ووجد البلل أعاد الطهارة وذلك بلا خلاف [3] .

مذهب الاباضية :

وكيفية الاستبراء عند الاباضية أنه يكون بالتنحنح والنتر ثلاثا وامرار اليد على أسفل القضيب ، ولا يكثر التفكير فى الاستبراء فيتوسوس ويشق عليه الامر فقد كان أخفهم استبراء أفقههم فتدل الوسوسة فى الاستبراء على قلة الفقه [4] .

(١) سربه مجرى البول ، والنتر بالتاء المثناة .
(٢) البحر الزخار حـ ١ ص ٤٧ ، ٥٣ .
(٣) مفتاح الكرامة حـ ١ ص ٥١ .
(٤) قناطر الخيرات حـ ١ ص ٣٢٦ .

اسْتِثْمَار

تعريف الاستثمار فى اللغة

استثمار على وزن استفعال وهو مصدر فعله استثمر ، والمعنى فيه طلب الثمر فقد جاء فى المعجم الوسيط : استثمر المال ثمره [5] ، وجاء فى القاموس المحيط [6] ثمر ــ بالتضعيف ــ الرجل ماله نماه وكثره ، وثمر الرجل ــ بالتخفيف ــ تمول ، وأثمر الرجل كثر ماله ، وفى اللسان [7] كذلك ثمر المال : نماه . وفى المادة معان أخرى كثيرة غير ذلك .

استعمال الفقهاء

واستعمال الفقهاء لهذا اللفظ استعمال نادر فقد جاء فى تعبير الهداية [8] : اذا خلط المضارب مال المضاربة بماله أو مال غيره لاستثمارها فلا يدخل ذلك تحت مطلق عقد المضاربة ولكن بالنظر الى أنه جهة فى التثمير فانه يملكه اذا قيل له اعمل برأيك ، ولكن الفقهاء قد عبروا عن معناه بلفظ آخر

(٥) المعجم الوسيط مادة ثمر .
(٦) القاموس المحيط للفيروزبادى مادة ثمر طبعة المكتبة التجارية الكبرى الطبعة الخامسة .
(٧) لسان العرب لابن منظور حـ ١٦ ص ١٠٦ وما بعدها طبع دار صادر دار بيروت ببيروت سنة ١٣٧٥ هـ .
(٨) الهداية للمرغينانى وشروحها نتائج الافكار تكملة فتح القدير للكمال بن الهمام مع شرح العناية للبابرتى وحاشية سعد جلبى عليه حـ ٧ ص ٨٩ وما بعدها الطبعة الاولى طبع المطبعة الكبرى الاميرية بمصر سنة ١٣١٧ هـ .

وهو تنمية المال وزيادته فقد جاء فى المهذب [١] : ان كان للمرأة حلى معد للاجارة ففيه طريقان : أحدهما : أنه تجب فيه الزكاة قولا واحدا لأنه معد لطلب النماء فأشبه ما اذا اشترى للتجارة ، والثانى : أنه على قولين لأن النماء المقصود قد فقد لان ما يحصل من الأجرة قليل فلم يؤثر فى ايجاب الزكاة كأجرة العوامل من الابل والبقر .. الخ ، وقد عقد الفقهاء بابا للمعنى المقصود من الاستثمار ـ وهو التنمية ـ وهو باب القراض أو باب المضاربة فقد جاء فى بدائع الصنائع [٢] : المقصود من عقد المضاربة هو استنماء المال ، وفى حاشية الصاوى [٣] على الشرح الصغير للمالكية ، قال : ان القراض جائز لأن الضرورة دعت اليه لحاجة الناس الى التصرف فى أموالهم وليس كل أحد يقدر على التنمية بنفسه ، ثم قال فى موضع آخر [٤] : كل من أخذ مالا للتنمية لربه بغير قراض كوكيل على بيع شىء فربح فيه فلا ربح له بل هو لرب المال ، وجاء فى المهذب [٥] للشافعية : الأثمان فى المقارضة لا يتوصل الى نمائها ـ أى زيادتها ـ المقصودة الا بالعمل فجازت المعاملة عليها ببعض النماء الخارج منها وهناك أبواب فقهية أخرى تأتى فيها زيادة المال وتنميته وذلك مثل بيع المرابحة والشركة والمساقاة وغير ذلك وينظر تفصيل الكلام فى كل ذلك فى مصطلح نماء وكذلك فى مصطلحاته الخاصة به فى الفقه كمضاربة وقراض ومرابحة وشركة ومساقاة وما أشبه ذلك .

(١) المهذب للامام ابى اسحاق الشيرازى وبهامشه النظم المستعذب فى شرح غريب المهذب لابن بطال الركبى حـ ١ ص ١٥٩ طبع مطبعة عيسى البابى الحلبى وشركاه بمصر .

(٢) كتاب بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للامام علاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاسانى حـ ٦ ص ٨٨ الطبعة الاولى طبع مطبعة الجمالية بمصر سنة ١٣٢٨ هـ .

(٣) بلغة السالك لاقرب السالك للشيخ أحمد الصاوى على الشرح الصغير للدردير حـ ٢ ص ٢٢٧

(٤) المرجع السابق حـ ٢ ص ٢٣٢ .

استثناء

التعريف به فى اللغة

فى المختار : ثنى الشىء عطفه من باب رمى . وثناه أيضا كفه ، وثناه صرفه ، والثنيا بالضم اسم من الاستثناء وفى القاموس المحيط : ثنى الشىء كرمى « رد بعضه على بعض » والثنية بمعنى الاستثناء ، يقال حلف يمينا ليس فيها ثنية ولا مثنوية أى لا استثناء فيها . والثنيا بالضم كل ما استثنيته كالثنوى والثنية [٦] .

التعريف به فى الاصطلاح

اصطلاح الاصوليين :

اختلف الاصوليون فى تعريف الاستثناء بناء على اختلافهم فى أنه حقيقة فى المتصل والمنقطع

(٥) المهذب لابى اسحاق الشيرازى حـ ١ ص ٣٨٤ الطبعة السابقة .

(٦) مختار الصحاح وترتيب القاموس المحيط حـ ١ ص ٣٥٥ وما بعدها طبع مطبعة الاستقامة بمصر الطبعة الاولى سنة ١٩٥٩ هـ .

على سبيل الاشتراك المعنوى أو اللفظى بينهما أو هو حقيقة فى المتصل مجاز فى المنقطع – وعلى اختلافهم فى أن الاستثناء اخراج للمستثنى من حكم المستثنى منه ، أو هو منع من دخوله فيه – وليس فيه اخراج ، جاء فى كشف الأسرار شرح أصول البزدوى الحنفى : أن الكلام فى تعريف الاستثناء يتوقف على أنه فى المنقطع حقيقة كالمتصل أم مجاز ؟ فذهب بعض الاصوليين الى أنه حقيقة فيه أيضا كما فى المتصل فيكون مشتركا بينهما أما بالاشتراك المعنوى كاشتراك الحيوان بين الانسان وغيره أو بالاشتراك اللفظى كاشتراك العين بين مفهوماته لأن المتصل اخراج والمنقطع مخالفة من غير اخراج فلا يشتركان فى معنى يصلح جعل اللفظ له ، وقد أطلق اللفظ عليهما والأصل فى الاطلاق الحقيقة فكان مشتركا .

وذهب أكثرهم الى أنه مجاز فى المنقطع لسبق الفهم الى المتصل من غير قرينة وتوقفه فى المنقطع على القرينة ، ولا يمكن حمل اللفظ على الاشتراك المعنوى لانه يؤدى الى جواز استثناء كل شىء من كل شىء لوجود الاشتراك فى الاشياء معنى بوجه من الوجوه وذلك خلاف كلام العرب .. ولا على الاشتراك اللفظى مع امكان الحمل على المجاز لأنه أولى اذ لا يؤدى الى ابهام المراد لوجود القرينة اذ لا يخلو المجاز عن قرينة دالة على المراد بخلاف الاشتراك ... ثم قال : وحده عند من قال بالاشتراك المعنوى هو : ما دل على مخالفة بالا غير الصفة أو احدى اخواتها ... وقوله غير الصفة احتراز عن الا التى تكون صفة وهى التى تقع بعد جمع مذكر غير محصور . فانها لا تدل على الاستثناء لأن ما بعدها لا يدخل فيما قبلها ولا يشمله حكمه ، كما فى قوله تعالى « لو كان فيهما آلهة الا الله لفسدتا [1] » فان الا فيه بمعنى غير صفة لآلهة ، ولم يقصد بها الاستثناء لأن الله تعالى غير داخل فى لفظ – آلهة – وقوله – بالا أو احدى اخواتها – لاخراج نحو – جاء القوم ولم يجىء زيد ، فانه ليس استثناء وان حقق معناه ، أما عند من قال بالاشتراك اللفظى ومن قال بالمجاز فى المنقطع فلا يمكن جمعهما فى حد واحد لأن أحدهما مخرج من حيث المعنى والآخر ليس بمخرج ، وكل أمرين فصل أحدهما مفقود فى الآخر يستحيل جمعهما فى حد واحد ، وعلى هذا قيل فى تعريف المتصل : هو اخراج بألا أو احدى اخواتها ، وفى تعريف المنقطع : هو ما دل على مخالفة بألا غير الصفة أو احدى اخواتها من غير اخراج .

وعرف ابن الحاجب الاستثناء المتصل بأنه : لفظ أخرج به شىء من شىء بألا وأخواتها .. والمنقطع بأنه : لفظ من ألفاظ الاستثناء لم يرد به اخراج سواء كان من جنس الأول أو من غير جنسه ، فلو قلت : جاء القوم ألا زيد أو زيد ليس من القوم كان منقطعا [2] ويتفق صدر

(١) الاية رقم ٢٢ من سورة الانبياء .
(٢) كشف الاسرار شرح اصول البزدوى حـ ٣ ص ٨٤١ ، ٨٤٢ طبع حسن حلمى الريزوى سنة ١٣٠٧ هـ .

الشريعة فى التوضيح والغزالى فى المستصفى والبيضاوى فى المنهاج على أن الاستثناء حقيقة فى المتصل مجاز فى المنقطع ، ولكنهم يختلفون فى التعريف فقال صدر الشريعة أن المنقطع يسمى استثناء مجازا ولم يجعله قسما من الاستثناء وعرف الاستثناء المتصل بأنه : المنع من دخول بعض ما تناوله صدر الكلام فى حكمه بألا أو احدى اخواتها — وقال أنه اختار التعبير بالمنع لأن الاستثناء لا اخراج فيه ، لان الاخراج اما من حكم المستثنى منه وهو لم يدخل فيه ، وأما من تناول لفظ المستثنى منه وهو داخل فيه قطعا ولا يمكن اخراجه منه [1] .

وعرفه البيضاوى بأنه : الاخراج بألا غير الصفة ونحوها — وهو يتفق مع ما ذكره صاحب كشف الأسرار فى تعريف الاستثناء المتصل عند القائلين بأنه مشترك لفظى بين المتصل والمنقطع ، أو مجاز فى المنقطع ، وما ذكره ابن الحاجب فى تعريفه [2] . وعرف الغزالى الاستثناء بأنه : قول ذو صيغ مخصوصة محصورة دال على أن المذكور فيه لم يرد بالقول الأول — وهو يتفق مع صدر الشريعة فى أن الاستثناء ليس اخراجا وانما هو بيان للمراد بصدر الكلام [3] .

ونقد الآمدى تعريف الغزالى وقال أنه باطل من وجهين بينهما ، وذكر تعريفا مطولا قال أنه يميز الاستثناء عن سائر أدلة التخصيص وعن الشرط والصفة والغاية [4] .

اصطلاح الفقهاء

مذهب الحنفية :

فى تنوير الأبصار وشرحه الدر المختار فى فقه الحنفية — أن الاستثناء هو تكلم بالباقى بعد الثنيا أى بعد الاستثناء ، ففى قول الشخص : له على عشرة الا ثلاثة ، صدر الكلام اقرار بالعشرة ، وعجزه استثناء الثلاثة من العشرة والباقى بعد الثنيا سبعة ، فكأنه تكلم بالباقى وهو السبعة ، وقال : له على سبعة [5] .

وفى فتح القدير للكمال ابن الهمام الحنفى : الاستثناء هو : بيان بألا أو احدى اخواتها أن ما بعدها لم يرد بحكم الصدر ، وقال : أن هذا يشمل المتصل والمنقطع على أنه متواطىء أى مشترك معنوى بينهما ، أما على أنه مجاز فى

---

(١) شرح التوضيح على التنقيح جـ ٢ ص ٢٨٤ الطبعة الاولى طبع المطبعة الخيرية بمصر سنة ١٣٠٦ هـ .

(٢) شرح البدخشى للاسنوى جـ ٢ ص ٩٣ ، ٩٤ طبع محمد على صبيح وأولاده بمصر .

(٣) المستصفى للغزالى مع مسلم الثبوت جـ ٢ ص ٦٣ وما بعدها الطبعة الاولى طبع المطبعة الاميرية ببولاق سنة ١٣٢٢ هـ .

(٤) كتاب الاحكام فى أصول الاحكام جـ ٢ ص ٤١٦ وما بعدها طبع مطبعة المعارف بالفجالة سنة ١٣٣٢ هـ .

(٥) حاشية ابن عابدين على الدر المختار جـ ٤ ص ٧٠٣ طبع دار سعادات بالمطبعة العثمانية .

المنقطع — فيعرف المتصل بأنه : اخراج بعض أفراد الجنس من الحكم .

والكمال يجرى فيما ذكره فى تعريف الاستثناء — على منهج الأصوليين ، والتعريف الذى نقلناه عن ابن عابدين هو المذكور فى أكثر كتب الفقه فى مذهب الحنفية — .

مذهب المالكية :

جاء فى شرح منح [1] الجليل على المختصر فى فقه المالكية : أن الاستثناء هو اخراج لما دخل فى الكلام أو بألا أو احدى اخواتها .

مذهب الشافعية :

فى حاشية البجيرمى [2] على المنهج فى فقه الشافعية أن الاستثناء هو : الاخراج بألا أو احدى اخواتها تحقيقا أو تقديرا كما فى المنقطع وهو مأخوذ من الثنى وهو الصرف لصرف المستثنى عن حكم المستثنى منه ، وفى شرح المنهاج [3] هو : اخراج ما لولاه لدخل فى الكلام السابق بنحو ألا .

مذهب الحنابلة :

وفى المغنى لابن قدامة [4] الحنبلى من باب الاقرار أن الاستثناء هو : اخراج بعض ما تناوله المستثنى منه ، من ثنيت فلانا عن رأيه اذا صرفه عن رأى كان عازما عليه ، وفيه من باب الطلاق [5] أن الاستثناء هو بيان أن المستثنى غير مراد بالكلام الاول والمنع من أن يدخل فيه مالولاه لدخل .

مذهب الظاهرية :

فى المحلى لابن حزم الظاهرى [6] أن الاستثناء ابطال لما أثبته بأول كلامه قبل أن يستثنى ما استثنى .

مذهب الامامية :

فى الروضة [7] البهية أن الاستثناء هو : اخراج ما لولاه لدخل فى اللفظ .

مذهب الاباضية :

فى كتاب النيل [8] وشرحه أن الاستثناء هو : اخراج بعض من كل بأداة من أدواته .

احكام الاستثناء فى الأصول

الفرق بين الاستثناء والتخصيص والنسخ :

فرق الغزالى فى المستصفى [9] بين الاستثناء والتخصيص من وجوه :

الأول : أنه يشترط فى الاستثناء أن

---

(١) شرح منح الجليل على مختصر خليل ج ١ ص ٦٣٣ .

(٢) حاشية البجرمى على المنهج ج ٤ ص ١٧ طبع مطبعة مصطفى البابى الحلبى بمصر سنة ١٣٤٥ هـ .

(٣) حواشى تحفة المحتاج ج ٢ ص ٢٩٦ .

(٤) المغنى لابن قدامة الحنبلى ج ٥ ص ٢٧٧ الطبعة الاولى طبع المنار بمصر سنة ١٣٤٨ هـ .

(٥) المرجع السابق ج ٨ ص ٣١١ ، ٣١٢ الطبعة السابقة .

(٦) المحلى لابن حزم الظاهرى ج ٨ ص ٢٥٦ — ٢٥٧ طبع المطبعة المنيرية سنة ١٣٥٠ هـ .

(٧) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ج ٢ ص ٢٢١ طبع مطابع دار الكتاب العربى بمصر .

(٨) شرح كتاب النيل وشفاء العليل ج ٢ ص ٤٣٧ طبع مطبعة البارونى وشركاه .

(٩) المستصفى للغزالى ج ٢ ص ١٦٤ الطبعة السابقة والاحكام للامدى ج ٢ ص ٤٢٤ الطبعة السابقة .

يكون متصلا أى غير متراخ عن المستثنى منه ، بخلاف التخصيص فانه يجوز أن يكون متراخيا ومتأخرا عن العام فى الورود وان كان لا يتأخر عن العمل بالعام ، وهذا على رأى الشافعية الذين يرون أن التخصيص قد يكون غير مقارن وأما على رأى الحنفية الذين يرون أن التخصيص لا يكون الا بمقارن مستقل فلا يتأتى هذا الفرق .

الثانى : أن الاستثناء يتطرق الى الظاهر والنص جميعا اذ يجوز أن يقول : له على عشرة الا ثلاثة ويقول : اقتلوا المشركين الا زيدا .. والتخصيص لا يتطرق الى النص أصلا .

الثالث : أن الاستثناء يدخل على الكلام فيمنع أن يدخل تحت اللفظ ما كان يدخل لولاه ، والتخصيص يبين أن اللفظ قاصر عن البعض ومن ثم قالوا أن التخصيص هو قصر العلم على بعض أفراده ومسماه .

وفرق بين الاستثناء والنسخ من هذا الوجه فقال : أن النسخ رفع للحكم بعد ثبوته بالفعل فيما كان داخلا تحت اللفظ السابق والاستثناء منع من ثبوت الحكم فيما أخرجه من تناول اللفظ له ، فالنسخ رفع والاستثناء منع والتخصيص بيان .

وفرق الآمدى بين الاستثناء والتخصيص فقال : أن الفرق بينهما واقع من جهة الجملة واللفظ ، فان التخصيص لا يلزم فيه اللفظ اذ قد يكون بدليل العقل وبالحس . أما الاستثناء فلابد أن يكون باللفظ والعبارة .

وفرق بين الاستثناء والنسخ فقال : أن النسخ يمتنع اتصاله بالمنسوخ بل لابد أن يكون متراخيا ومتأخرا عنه بخلاف الاستثناء فانه يكون متصلا .

شروط الاستثناء

يشترط لصحة الاستثناء عند الأكثرين ما يأتى :

الشرط الاول : أن يكون متصلا بالمستثنى حقيقة بأن لا يفصل بينهما فاصل أصلا أو حكما بأن يفصل بينهما مالا يعد فاصلا عرفا ويعتبر الكلام معه متصلا كانقطاع النفس والسعال والعطاس ، واعتبروا الفصل بالنداء نحو لك على عشرة يازيد الا ثلاثة غير قاطع للاتصال لأنه بمثابة التنبيه والتأكيد ، والعرف لا يعتبره فاصلا — وذهب البعض الى عدم اشتراط هذا الشرط وأجازوا الاستثناء المنفصل .

ونقل عن ابن عباس رضى الله عنهما القول بصحة الاستثناء المنفصل وأن طال الزمان شهرا وفى بعض الروايات سنة سواء كان الفصل عمدا أو نسيانا وعن أبى العالية أربعة أشهر اعتبارا بالايلاء « للذين يؤلون [1] من نسائهم تربص أربعة أشهر » وعن الحسن وطاووس وعطاء جواز الفصل الى آخر المجلس اعتبارا بالايجاب والقبول فى العقود وبه قال الامام أحمد ، ويعد بمثابة القيام من المجلس الأعراض بالاخذ فى كلام أو عمل آخر مع استمرار المجلس لانه يعد تركا واعراضا يقطع الاتصال

(١) الآية رقم ٢٢٦ من سورة البقرة .

عرفا وبنى الفقهاء كثيرا من أحكام العقود على ذلك .

وقد أشار [1] الغزالى ما نقل عن ابن عباس من القول بصحة الاستثناء المنفصل ثم قال : ولعله لا يصح عنه النقل اذ لايليق ذلك بمنصبه ، وان صح فلعله أراد به اذا نوى الاستثناء ولم يتلفظ به ثم أظهر نيته بعده وتلفظ به فيدين بينه وبين الله تعالى .

وفى الأحكام للآمدى أن بعض أصحاب مالك ذهبوا الى جواز تأخير الاستثناء لفظا لكن مع أضمار الاستثناء متصلا ويكون المتكلم به مدينا فيما بينه وبين الله تعالى ولعله مذهب [2] ابن عباس .

وذهب بعض الفقهاء الى صحة الاستثناء المنفصل فى كتاب الله تعالى دون غيره استنادا الى قول الله تعالى : (لا يستوى القاعدون من المؤمنين غير أولى الضرر والمجاهدون فى سبيل الله بأموالهم وأنفسهم ، فضل الله المجاهدين بأموالهم وأنفسهم على القاعدين درجة وكلا وعد الله الحسنى وفضل الله المجاهدين على القاعدين أجرا عظيما [3]) فان قوله سبحانه : « غير أولى الضرر » استثناء من — القاعدون — » ولم ينزل هذا الاستثناء مع الآية متصلا ، وانما بعد مدة لما اشتكى عبد الله ابن أم مكتوم وغيره من أصحاب الأعذار من الصحابة رضوان الله عليهم من أنهم انما قعدوا عن الجهاد لعذر منعهم فلم يفضل الله عليهم المجاهدين ويحرمهم مما فضلهم به عليهم من الدرجة والأجر ؟ فنزل هذا الاستثناء واستثنى أصحاب الاعذار من التفضيل والحرمان .

وقد أجيب بأن المراد بالقاعدين من المؤمنين فى الآية — القاعدون عن واجب الجهاد بعد وجوبه عليهم وذلك معلوم بالضرورة اذ المتبادر من القعود — القعود عن أداء الواجب فلا يشمل أصحاب الأعذار اذ لم يجب عليهم الجهاد ولم يتقاعسوا عنه فلا محل لاستثنائهم — وقوله غير أولى الضرر ليس استثناء بل هو بيان تقرير للتأكد لقطع احتمال المجاز أو الخصوص — وبيان التقرير يجوز فيه الانفصال والتأخير بالاتفاق [4]، وقد استدل الجمهور على أن الاتصال شرط فى صحة الاستثناء بما يأتى :

أولا : ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال من حلف على شىء فرأى غيره خيرا منه فليأت الذى هو خير وليكفر عن يمينه ، وفى رواية « فليكفر

---

(١) المستصفى جـ ٢ ص ١٦٥ ، ١٦٦ الطبعة السابقة .

(٢) الاحكام للامدى جـ ٢ ص ٤٢١ الطبعة السابقة .

(٣) الاية رقم ٩٥ من سورة النساء .

(٤) كشف الاسرار للبزدوى جـ ٣ ص ٨٣٧ ، ٨٣٨ ومسلم الثبوت حـ ١ ص ٣٢١ الطبعة السابقة .

عن يمينه وليأت الذى هو خير » فلو كان الاستثناء المنفصل صحيحا لأرشد النبى صلى الله عليه وسلم اليه بدلا من الحنث والتكفير لانه طريق مخلص للحالف عند تأمل الخبر فى البر وعدم الحنث وهو أسهل وأيسر من التكفير والنبى صلى الله عليه وسلم انما يقصد التيسير والتسهيل على المسلمين فحيث لم يقصد الى الاستثناء مع ذلك دل على عدم صحته منفصلا •

ثانيا : أن أهل اللغة لا يعدون الكلام المشتمل على الاستثناء المنفصل المتراخى كلاما منتظما ولا يعدونه من كلام العرب ، فلو قال : لفلان على عشرة دراهم ، ثم قال بعد شهر أو سنة ، ألا درهما ، أو قال : رأيت بنى تميم ، ثم قال بعد شهر أو سنة — ألا زيدا ، فانه لا يعد استثناء ولا كلاما صحيحا • كالخبر والشرط حين يقول الشخص — رأيت زيدا — ثم يقول بعد شهر — قائم — فان أهل اللغة لا يعدونه بذلك مخبرا عن زيد بشىء ، وحين يقول السيد لعبده — أكرم زيدا ثم يقول بعد شهر — ان دخل دارى — فانهم لا يعدون ذلك شرطا •

ثالثا : أنه لو قيل بصحة الاستثناء المنفصل لما علم صدق صادق ولا كذب كاذب ولا حصل وثوق بيمين ولا بوعد ولا بوعيد ولا حصل حزم بصحة عقد ولا لزوم معاملة أصلا •• لامكان الاستثناء المنفصل ولو بعد حين وابطال الكلام الأول والتحلل مما تضمنه • • ولا يخفى ما فى ذلك من التلاعب وابطال التصرفات الشرعية وضياع الحقوق وترتيب الاضرار — الامر الذى لا تقره الشريعة ولا يجيزه الدين •

واستدل القائلون بصحة الاستثناء المنفصل المتراخى بما يأتى :

أولا : بما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : (والله لأغزون قريشا) ثم سكت وقال بعده — ان شاء الله — ولولا صحة الاستثناء بعد السكوت لما فعله النبى صلى الله عليه وسلم لكونه مقتدى به •

وبما روى عنه صلى الله عليه وسلم أن اليهود سألته عن عدة أصحاب الكهف وعن مدة لبثهم فيه فقال :

« غدا أجيبكم » ولم يقل ان شاء الله ، فتأخر عنه الوحى بضعة عشر يوما ثم نزل قوله تعالى : « قل ربى أعلم بعدتهم [1] ، ما يعلمهم الا قليل ، فلا تمار فيهم الا مراء ظاهرا ولا تستفت فيهم منهم أحدا ، ولا تقولن لشىء انى فاعل ذلك غدا الا ان يشاء الله واذكر ربك اذا نسيت » فقال عليه السلام — ان شاء الله بطريق الالحاق بخبره الأول ولو لم يكن ذلك صحيحا لما فعله •

---

(١) الاية رقم ٢٢ من سورة الكهف •

ثانيا : أن ابن عباس ترجمان القرآن ومن أفصح فصحاء العرب ، وقد نقل عنه القول بصحة الاستثناء المنفصل ولو لم يكن صحيحا لما قال به •

ثالثا : أن الاستثناء بيان وتخصيص للكلام الأول فجاز تأخيره كالنسخ وأدلة التخصيص المنفصلة •

وأجاب الجمهور عن أدلة المخالفين بأن الحديث الأول محمول على السكوت الذى لا يخل بالاتصال الحكمى الذى أشير اليه فيما سبق فلا حجة فيه ، أما الحديث الثانى فان قوله عليه السلام بعد نزول الوحى عقب الانقطاع : « ان شاء الله » ليس عائدا الى الخبر الأول « أجيبكم غدا » بل هو عائد الى ذكر ربه اذا نسى الذى نزل به الوحى بعد الخبر • والتقدير أذكر ربى اذا نسيت ان شاء الله كما يقول القائل لغيره — افعل كذا — فيقول المأمور — ان شاء الله — أى افعل ان شاء الله •

وأما النقل عن ابن عباس فانه كان يرى صحة اضمار الاستثناء ويدين المكلف بذلك فيما بينه وبين الله تعالى وأن تأخر الاستثناء لفظا كما أشار اليه الغزالى والآمدى فيما نقل عنهما سابقا ، وهذا ليس من موضوع البحث وان صح النقل فى الموضوع فهو محجوج باتفاق أهل اللغة على عدم صحته ممن سواه وبالأدلة الاخرى التى سبقت •

أما القياس على النسخ وأدلة التخصيص المنفصلة فهو قياس فى اللغة والاتفاق على أنه لا قياس فى اللغة ، ثم هو منقوض بالخبر والشرط المتفق عليهما كما أشير (١) اليه •

الشرط الثانى : أن يكون المستثنى ثابتا بصدر الكلام ويتناوله لفظ المستثنى منه قصدا وحقيقة ليمكن جعل الكلام تكلما بالباقى ، فاذا ثبت المستثنى بالكلام ضرورة وحكما فلا يصح الاستثناء — لأنه تصرف لفظى فيقتصر عمله على ما يتناوله اللفظ ولا يعمل فيما ثبت بطريق الضرورة والحكم فلو وكل شخص شخصا بالخصومة واستثنى الاقرار بأن قال : وكلتك بمخاصمة زيد غير جائز الاقرار علىّ أو على أن لا تقر على — كان هذا الاستثناء باطلا عند أبى يوسف رحمه الله تعالى لأن الاقرار لايثبت بصدر الكلام قصدا وحقيقة أو لا يتناوله لفظ الخصومة لانها عبارة عن المنازعة والاقرار مسالمة وتسليم بالحق المدعى وانما يدخل الاقرار فى مضمون عقد الوكالة حكما ضرورة أن الوكيل قد قام مقام الموكل فيملك ما كان يملكه فيصير الاقرار ثابتا للوكيل حكما للوكالة لا مقصودا بصدر الكلام فلا يصح استثناؤه بقوله ، غير جائز الاقرار ، ولا ابطاله بطريق المعارضة

(١) الاحكام للامدى جـ ٢ ص ٤٢٠ ، ٤٢٤ الطبعة السابقة والمستصفى جـ ٢ ص ١٦٥ ، ص ١٦٦ الطبعة السابقة .

بقوله على أن لا تقر على ، واذا كان الوكيل يملك الاقرار على الموكل بمقتضى الوكالة على النحو المذكور ، فانه يملك الاقرار عليه فى مجلس القضاء وفى غير مجلس القضاء وهو ما كان يملكه الموكل ، واذا أريد اسقاط حق الوكيل فى الاقرار فالسبيل الى ذلك عند أبى يوسف ابطال الوكالة بعزل الوكيل عنها — كالتوكيل بالبيع على أن لا يقبض الوكيل الثمن أو لا يسلم المبيع يكون استثناء باطلا لأن ذلك غير داخل فى البيع الموكل فيه — وكذلك استثناء أطراف الحيوان فى البيع لا يصح لأنها تدخل فى العقد تبعا لا مقصودا ، وقد نص فى الهداية على أن ما يجوز ايراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناؤه • ولا يجوز استثناء الانكار فى هذه الوكالة أيضا عند أبى يوسف وان كان داخلا فى الخصومة ويتناوله لفظها قصدا وحقيقة اذ الانكار خصومة ومنازعة — وذلك لأنه يكون حينئذ استثناء مستغرقا واستثناء الشىء من نفسه وهو باطل كما سيأتى :

أما عند الامام محمد رحمه الله فيصح استثناء الاقرار أو الانكار فى الوكالة بالخصومة أيهما شاء لأن المراد بالخصومة فى هذه الوكالة الجواب مجازا — اذ الحقيقة وهى المنازعة مهجورة شرعا للنهى عنها فى قوله تعالى : « ولا تنازعوا فتفشلوا وتذهب ريحكم واصبروا ان الله مع الصابرين [1] » فهى مستعملة فى مطلق الجواب مجازا ، والجواب كما يكون بالاقرار يكون بالانكار ، فيكون كل منهما ثابتا باللفظ قصدا فيجوز استثناؤه موصولا لا مفصولا لأنه يكون بيان تغيير — وأما اذا أريد بالخصومة معناها اللغوى وهو المنازعة فيكون الاستثناء فى هذه الحالة بيان تقرير لأنه فى معنى التأكيد لمنع احتمال المجاز وهو مطلق الجواب كأنه قال وكلتك فى الانكار ولم أوكلك فى الاقرار ويجوز حينئذ أن يكون منفصلا ومتراخيا • وتدل بعض العبارات على أن هذا الشرط شرط فى كون الاستثناء متصلا وحقيقة ، وجاء فيها أن الشرط أن يكون المستثنى بعضا من المستثنى منه أو من جنس المستثنى [2] منه ، وقد صرح صاحب مسلم الثبوت بأن هذا الشرط متفق عليه وانما نسب الى الحنفية لأنه ذكر فى كتبهم •

ويتصل بهذا اختلاف العلماء فى صحة الاستثناء من غير الجنس •• قال الغزالى فى المستصفى : الشرط الثانى أن يكون المستثنى من جنس المستثنى منه كقوله رأيت الناس الا زيدا ، ولا تقول رأيت الناس الا حمارا ، أو تستثنى جزءا مما دخل تحت اللفظ كقولك رأيت الدار الا بابها — ورأيت زيدا ألا وجهه ، وهذا

---

(١) الاية رقم ٤٦ من سورة الانعام .

(٢) التوضيح وحاشية التلويح عليه جـ ٢ ص ٢٩٩ ، ٣١٠ الطبعة السابقة وأصول البزدوى وكشف الاسرار عليها جـ ٣ ص ٨٦٥ وما بعدها الطبعة السابقة ومسلم الثبوت جـ ١ ص ٣٢٦ الطبعة السابقة .

الاســتثناء من غير الجنس ، لأن اسم الدار لا ينطلق على البــاب ـ ولا اسم زيد عــلى وجهه بخلاف قوله مائة ثوب الا ثوبا •• وعن هـذا قال قوم : ليس من شرط الاســتثناء أن يكون من الجنس قال الشــافعي : لو قال: على مائة درهــم الا ثوبا صــح ويكون معناه الا قيمة ثوب • ولكن اذا رد الى القيمة فكأنه تكلف رده الى الجنس [1] ، وقد ورد الاستثناء من غير الجنس كقوله تعــالى (فســـجد الملائكة كلهم [2] أجمعون الا ابليس) ولم يكن من الملائكة فانه قال فى آيــة أخـــرى (الا ابليس كان من الجــن [3] ففسق عن أمر ربه) ••• وهــذا الاستثناء ليس فيـــه معنى التخصيص والاخـــراج اذ المستثنى ما كان ليدخــل تحت اللفظ أصــلا •• وقد تكلف قوم جوابا عن هــذا فقــالوا : ليس هــذا اســتثناء حقيقــة بل هــو مجاز •• وهــذا خــلاف اللغــة ، فان الا فى اللغة للاستثناء والعــرب تسمى هــذا اســتثناء ولــكن تقــول هــو اســـتثناء من غــير الجنس •• وأبو حنيفـــة رحمـــه اللــه تعــالى جــوز اســتثناء المكيل من الموزون وعكســه ولم يجــوز اســتثناء غير المكيل والموزون منهمــا فى الأقــارير ، وجـــوزه الشـــافعى رحمــه اللــه والاولى التجويز فى الاقارير لأنه اذا صــار معتــادا فى كلام العـــرب وجب قبــوله لانتظــام اســم الاســـتثناء اياه • نعم اسم الاســـتثناء عليه مجـــاز أو حقيقـــة ••• واختـــار [4] القــاضى رحمــه اللــه أنه حقيقــة والأظهر عنــدى أنه مجــاز ، وفى الاحــكام للآمدى « اختلف العلمــاء فى صحــة الاســـتثناء من غير الجنس فجوزه أصحــاب أبى حنيفـــة ومالك والقـــاضى أبو بكر وجمـــاعة من المتكلمين والنحــاة ، ومنع منــه الأكثرون ، وأما أصحابنــا فمنهــم من قال بالنفى ومنهم من قال بالاثبــات ، ثم ســاق الاســتدلال والمناقشة من الطرفين [5] » •

والحنفيـــة يجعلون الاســـتثناء من غير الجنس اســتثناء منقطعــا أى لم يتنــاوله صــدر الكلام ولم يدخل تحت لفظ المستثنى منــه فهــو عنــدهم بمثــابة كلام مبــدأ حــكما ، والا فيــه بمعنى لكن ، كقـــوله تعــالى : « أفرأيتم ما كنتم تعبـــدون [6] أنتم وآباؤكم الأقــدمون فانهــم عــدوٌ لى الا رب العــالمين » •• فان معنــاه أن كل ما عبدتموه أنتم وعبــده آباؤكم الأقدمون ، فانى أعاديهم وأجتنب عبــادتهم وتعظيمهم، لكن رب العــالمين ليس منهم ولذا أعبــده وأعظمــه وقــوله تعــالى « لا يســمعون فيهــا لغــوا ولا تأثيمــا الا قيــلا ســلاما سلاما [7] » •• أى لكن يسمعون فيهــا ـ أى فى الجنــة قولا ســلاما ســلاما • اذ

---

(١) المراجع السابقة نفس الموضع والمستصفى ج ٢ ص ١٦٥ ، ١٦٦ الطبعة السابقة .

(٢) الآية رقم ٧٣ من سورة ص .

(٣) الآية رقم ٥٠ من سورة الكهف .

(٤) المستصفى ج ٢ ص ١٦٦ ، ١٧٠ الطبعة السابقة .

(٥) الاحكام للآمــدى ج ٢ ص ٤٢٤ ، ٤٣٣ الطبعة السابقة .

(٦) الآية رقم ٧٥ من سورة الشعراء .

(٧) الآية رقم ٢٥ ، ٢٦ من سورة الواقعة .

السلام ليس من جنس اللغو وقوله تعالى « والذين يرمون المحصنات [1] ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فان الله غفور رحيم » فان التائبين غير داخلين فى المستثنى منه وهم قوله — فأولئك — هم الفاسقون — فيجعل منقطعا بمعنى لكن أن تابوا فالله يغفر لهم • ومن الحنفية من جعل الاستثناء فى هذه الآيات متصلا بتأويلات أخرى كجعله استثناء من عموم الأحوال أما الاستثناء المقدر أى الذى له تقدير فى الشرع مثل المكيل والموزون والعددى المتقارب كالبيض والجوز من مقدر آخر من غير جنسه كاستثناء المكيل من الموزون أو عكسه واستثناء أحدهما من الدراهم والدنانير واستثناء الدراهم من الدنانير وبالعكس • هذا الاستثناء صحيح عند أبى حنيفه وأبى يوسف رحمهما الله — أى يجعل المستثنى مخرجا من المستثنى منه ويجعل المتكلم كأنه تكلم بالباقى بعد المستثنى كما فى الاستثناء المتصل الحقيقى وذلك على أساس أن المقدرات جنس واحد فى المعنى باعتبار أنها كلها تصلح ثمنا فى البيع، حتى لو اشترى عبدا باردب من القمح موصوف أو بكذا رطلا من الدهن أو بكذا عددا من الجوز — جاز البيع • ويتعين الاردب والارطال والجوز ثمنا وباعتبار أنها كلها تثبت فى الذمة بمقابلة ما هو مال وما ليس بمال حالة ومؤجلة ، ويجوز استقراضها ، فصار الجنس واحدا فى المعنى من حيث الثبوت فى الذمة ثبوتا صحيحا ، وان كانت الصورة مختلفة ، فان الدينار غير الدرهم والاردب غيرهما ، فلا يكون اخراجا باعتبار الصورة ، ويكون تكلما بالباقى باعتبار المعنى فيمتنع بالوجوب فى الذمة بمقدار ما يساويه اردب القمح من الدراهم من الالف فى قوله : « له على ألف درهم ألا اردب قمح » — فاذا كان الاردب يساوى مائة درهم ، يجعل كأنه قال : له على تسعمائة درهم ، وهو الباقى بعد استثناء قيمة الاردب كما فى قوله : له على ألف درهم الا مائة •

أما محمد وزفر فيريان أن الجنس مختلف حقيقة والمستثنى غير داخل فى المستثنى منه ولا يتناوله لفظه ، فلا يمكن اخراجه منه ، ويكون استثناءا منقطعا بمعنى لكن ، وتثبت الألف كلها فى ذمة القائل له على ألف درهم الا أردب قمح — اذ المعنى : لكن ليس له على أردب قمح [2] والتأويل على رأى الشيخين أبى حنيفة وأبى يوسف يجعل الاستثناء فى المقدرات من الجنس وليس كما ذكر الغزالى وبعض العلماء استثناء من غير الجنس •• ومن ثم يقول الآمدى فى

(١) الآية رقم ٤ من سورة النور .

(٢) أصول البزدوى وكشف الاسرار عليها ج ٣ ص ٧٥١ ، ٨٥٧ الطبعة السابقة .

الأحكام : « وأما استثناء الدراهم من الدنانير وبالعكس فهو محل النزاع عند القائلين بعدم صحة الاستثناء من غير الجنس ، وأن تكلف بيان صحة الاستثناء من جهة اشتراكهما فى النقدية وجوهر الثمنية آيل الى الاستثناء من الجنس [١] » .

الشرط الثالث من شروط صحة الاستثناء

ألا يكون مستغرقا للمستثنى منه فلو قال : له على عشرة ألا عشرة كان الاستثناء باطلا ولزمته العشرة كلها لأنه يكون رفعا للاقرار بعد حصوله ورجوعا عنه بعد تحققه وهو غير جائز فى حقوق العباد ، ولأن الاستثناء تكلم بالباقى بعد الثنيا ، وليس فى هذا باق يتكلم به .. وهذا باتفاق الاصوليين والفقهاء .

غير أن الحنفية قيدوا بطلان الاستثناء المستغرق بما اذا كان الاستثناء بلفظ الصدر نحو عبيدى أحرار الا عبيدى وزوجاتى طوالق الا زوجاتى أو بلفظ يساوى لفظ الصدر فى المفهوم نحو عبيدى أحرار الا مما ليكى أو زوجاتى طوالق الا نسائى أما اذا كان الاستثناء بلفظ غير مماثل للفظ الصدر ولا مساو له فى المفهوم فان الاستثناء يجوز ويكون صحيحا ولو كان مساويا له فى الما صدق والتناول بحسب الواقع . نحو نسائى طوالق الا زينب وعائشة وليلى ، وليس له زوجات سوى هؤلاء المستثنيات وأوصيت لفلان بثلث مالى الا ألف درهم وثلث ماله فى الواقع ألف درهم .. ولأنه يكفى لصحة الاستثناء عندهم ابهام بقاء افراد تحت لفظ المستثنى منه بحسب الصورة لأن الاستثناء تصرف لفظى لا يؤثر فى صحته اهمال المعنى .

أما غير الحنفية فقد منعوا الاستثناء المستغرق ولو كان بلفظ غير مماثل ولا مساو فى المفهوم .

وفى مسلم الثبوت : الاستثناء المستغرق باطل . قيل اتفاقا . والحق ان الاتفاق فيما اذا كان الاستثناء بلفظ الصدر نحو عبيدى أحرار الا عبيدى أو بلفظ يساويه فى المفهوم نحو عبيدى أحرار الا مماليكى ، أما بغيره كعبيدى أحرار الا هؤلاء أو الا سالما وغانما وراشدا وهم الكل من العبيد فعند الحنفية لا يمتنع لاكتفائهم بالأفراد [٢] المكنة ، واختلف العلماء فى استثناء الاكثر نحو له على عشرة الا تسعة واستثناء المساوى أى النصف نحو له على عشرة الا خمسة فذهب الأكثرون من الأصوليين والفقهاء والمتكلمين الى الجواز فيهما . وذهب الحنابلة والقاضى أبو بكر الباقلانى من الشافعية الى المنع فيهما .. وذهب الفراء وابن درستويه الى المنع فى الاكثر خاصة .. ونقل عن بعض أهل اللغة استقباح استثناء عقد صحيح

(١)الامدى جـ ٢ ص ٤٣٢ من الاحكام الطبعة السابقة .

(٢) مسلم الثبوت جـ ١ ص ٣٢٣ ، ٣٢٤ الطبعة السابقة .

فلا يقول : له على مائة الا عشرة أو ألف الا مائة .

احتج القائلون بصحة استثناء الأكثر والمساوى — بقوله تعالى : « ان عبادى ليس لك عليهم سلطان الا من اتبعك من الغاوين (١) » وقوله تعالى : « لاغوينهم أجمعين الا عبادك منهم المخلصين (٢) » فقد استثنى فى الآية الأولى الغاوين من العباد المؤمنين واستثنى فى الآية الثانية العباد المخلصين من الغاوين فان كان الفريقان متساويين فى الواقع فقد استثنى المساوى وان كان الغاوون أكثر فقد استثناهم فى الآية الأولى وان كان المؤمنون المخلصون أكثر ، فقد استثناهم فى الآية الثانية فكان استثناء الاكثر على الاحتمالين وواقع الامر أن الغاوين أكثر بدليل قوله تعالى : « وقليل من عبادى الشكور » (٣) وقوله تعالى : « ولا تجد أكثرهم شاكرين » (٤) وقوله تعالى : « وما أكثر الناس ولو حرصت بمؤمنين » (٥) .

واحتجوا أيضا بقوله تعالى : « يا أيها المزمل قم الليل الا قليلا ، نصفه أو انقص منه قليلا .. » (٦) فقد استثنى النصف وهو استثناء المساوى وأيضا فانه لو قال له على عشرة دراهم الا خمسة . أو الا تسعة لزمه فى الأول خمسة دراهم وفى الثانى درهم واحد وهو الباقى بعد الاستثناء فيهما ، وهذا باتفاق الفقهاء ولولا صحة الاستثناء لما كان كذلك .

واحتج القائلون بامتناع استثناء الأكثر والمساوى بأن الاستثناء خلاف الاصل لانه انكار بعد اقرار وجحد بعد اعتراف وانما جوز فى استثناء الأقل لمعنى فيه وهو أن المقر قد يكون وفىّ بعض ما عليه ونسيه لقلته وعند اقراره تذكره فاستثناه فلو لم يصح استثناؤه لتضرر . ولا كذلك فى الاكثر والنصف لأنه قلما ينساه .

وأيضا فان استثناء غير الأقل مستقبح والمستقبح فى لغة العرب لا يكون منها .

وأجيب عن الاول بأن الاستثناء ليس على خلاف الأصل والا لامتنع فى الاقل أيضا ، والصدق ورفع الضرر حاصل فى الكل وعن الثانى بأن الاستقباح لا يمنع من الصحة (٧) .

الشرط الرابع : أن يلى الكلام بلا عاطف ، فان وليه بحرف عطف كقوله : له على عشرة والا خمسة كان لغوا ولا تأثير له وحكى الاسفرايينى الاتفاق على ذلك .

الاستثناء المتصل والمنقطع

يطلق لفظ الاستثناء على فعل المتكلم وهو المعنى المصدرى ، وعلى المستثنى ،

(١) الآية رقم ٤٢ من سورة الحجر .
(٢) الآية رقم ٨٢ ، ٨٣ من سورة ص .
(٣) الآية رقم ١٣ من سورة سبأ .
(٤) الآية رقم ١٧ من سورة الاعراف .
(٥) الآية رقم ١٠٣ من سورة يوسف .
(٦) الآية رقم ١ ، ٢ من سورة المزمل .

(٧) مسلم الثبوت فى الموضع نفسه والاحكام للامدى جـ ٢ ص ٤٣٣ ، ٤٣٨ والمستصفى جـ ٢ ص ١٧٠ ، ١٧٣ الطبعات السابقة .

وعلى الصيغة ، ولفظ الاستثناء والمستثنى حقيقة عرفية عند النحاة فى قسمى الاستثناء المتصل والمنقطع على سبيل الاشتراك اللفظى والمعنوى ، أما صيغة الاستثناء (أدوات الاستثناء) فانها حقيقة فى المتصل مجاز فى المنقطع لانها موضوعة للاخراج ولا اخراج فى المنقطع وذلك على ما هو المختار وأن خالف البعض فى ذلك [١] وهذا يشير الى ما اختلف الاصوليون فى أنه حقيقة فى المتصل مجاز فى المنقطع أو حقيقة فيهما على سبيل الاشتراك — هو صيغة الاستثناء وأداته — وقد جاء فى مسلم الثبوت فى بيان الخلاف فى ذلك : (أداة الاستثناء حقيقة فى المتصل اتفاقا ومجازا فى المنقطع فى المختار ، وقيل حقيقة فيهما ، ثم اختلفوا ، فقيل مشترك لفظى فيهما وقيل متواطىء أى وضعت لمعنى واحد مشترك بينهما وصفا واحدا [٢] .

وفى أصول الامام البزدوى وشرحها كشف الاسرار ، وفى المستصفى للامام الغزالى أن الخلاف هو فى لفظ الاستثناء لا فى الصيغة ، اذ قال البزدوى والاستثناء نوعان ، وقال شارحه ، أى ما يطلق عليه لفظ الاستثناء نوعان ، متصل ومنقطع [٣]

وقال الغزالى بعد أن تكلم على الاستثناء المنقطع أى من غير الجنس ، والعرب تسمى هذا ، استثناء ولكن نقول ، أنه استثناء اسم من غير الجنس ، ثم قال : نعم اسم الاستثناء عليه مجاز أو حقيقة وهذا ظاهر فى أن موضوع الخلاف فى كونه حقيقة فى المنقطع أو مجازا هو اطلاق اسم الاستثناء أى فى اللفظ لا فى الصيغة وأشار البدخشى فى شرحه لمنهاج الوصول للامام البيضاوى الى أنه قد ذكر أن الخلاف فى الصيغة أو اللفظ ، فقد جاء فيه تعليقا على قول المنهاج (والمنقطع مجاز) وظاهر كلام المحقق وكثير من المحققين أن الخلاف فى صيغ الاستثناء لا فى لفظه لظهور أنه (أى لفظ الاستثناء) فيهما مجاز لغوى حقيقة فى عرف النحو .. وأما ما ذكره العلامة وغيره من أنه من ثنى عنان الفرس أى صرفه وانما يتحقق ذلك فى المتصل فهو صريح فى أن الخلاف فى لفظ الاستثناء .. وكذلك ما ذكره بعضهم من أن لفظ الاستثناء اذا أطلق فهم منه المتصل يدل على أن الخلاف أنما هو فى لفظ الاستثناء لا فى الصيغ [٤] ، ويظهر أن هذا الخلاف لا ثمرة له اذ لم يرتب أحد عليه شيئا والاصوليون جميعا متفقون على أن الاستثناء (الصيغة أو اللفظ) حقيقة فى المتصل ، واختلفوا فى المنقطع — هل الاستثناء حقيقة فيه كما فى المتصل أو مجاز فذهب البعض الى أنه حقيقة فيه كما فى المتصل على سبيل الاشتراك اللفظى أو المعنوى على ما أشير اليه سابقا لان كلا منهما يسمى استثناء والاصل فى الاطلاق الحقيقة ، وذهب الاكثرون الى أنه

(١) التوضيح وحاشية التنقيح عليه جـ ٢ ص ٣٠٠ ، ٣٠١ الطبعة السابقة .

(٢) مسلم الثبوت جـ ١ ص ٣١٦ الطبعة السابقة .

(٣) المستصفى جـ ٣ ص ٨٢١ الطبعة السابقة.

(٤) شرح البدخشى على منهاج الوصول جـ ٢ ص ٩٤ الطبعة السابقة .

مجاز فيه وليس بحقيقة لان الاستثناء مأخوذ من ثنيت عنان الفرس اذا عطفته وصرفته عن وجهته ولا عطف ولا صرف الا فى المتصل اذ الجملة الاولى كانت شاملة ومتناوله للمستثنى بالحكم الذى يثبته الكلام فجاء الاستثناء وصرف أول الكلام عن اثبات الحكم فى المستثنى وأخرجه منه أما فى المنقطع فالجملة الاولى باقية على حالها لم تتغير لان المستثنى لم يكن داخلا فى المستثنى منه على تقدير عدم الاستثناء .. ولان الفهم يسبق عند سماع اللفظ الى المتصل من غير توقف على قرينة ، ويتوقف فى المنقطع على قرينة .. وهذا آية الحقيقة والمجاز .

والمتصل هو ما كان المستثنى فيه بعضا من المستثنى منه وداخلا تحت متناول لفظه وأريد بالاستثناء أخراجه ومنع اثبات حكم المستثنى منه فيه .. والمنقطع هو ما كان المستثنى فيه غير داخل فى المستثنى منه ولم يرد بالاستثناء أخراجه من الحكم وأنما أريد اثبات حكم آخر له — سواء كان من جنس المستثنى منه كقوله جاء القوم ألا زيداً وزيدا ليس من القوم أو كان من غير جنسه كقوله تعالى « فسجد الملائكة كلهم أجمعون الا ابليس أبى أن يكون مع الساجدين » فأن ابليس استثنى من الملائكة ، وهو ليس من جنسهم أذ هو من الجن كما قال تعالى فى آية أخرى (ألا أبليس كان من الجن ففسق عن أمر ربه) وقد ذهب بعض الحنفية ومنهم القاضى الامام أبو زيد والامام فخر الاسلام الى أن الاستثناء فى قوله تعالى : (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فان الله غفور رحيم) استثناء منقطع اذ هو استثناء من الجملة الاخيرة وهى قوله تعالى : (وأولئك هم الفاسقون) بناء على رأيهم فى الاستثناء الواقع بعد جمل متعاطفة بالواو من أنه يرجع الى الجملة الاخيرة والمستثنى فيه غير داخل فى المستثنى منه لأن التائب من قامت به التوبة وليس فيه وصف الفسق والفاسق من قام به وصف الفسق وليس فيه وصف التوبة ، لئلا يكون التائب فاسقا ، فلا يكون المستثنى هنا داخلا تحت صدر الكلام المستثنى منه ولا يكون متناولا له لولا الاستثناء ، فيكون منقطعا — وبوجه آخر أن التائبين وأن كانوا داخلين فى قوله وأولئك هم الفاسقون على أساس أنه أشارة الى القاذفين الذين يرمون المحصنات والتائبون قد قذفوا ورموا المحصنات فهم داخلون فى المستثنى منه ولكن لم يقصد بالاستثناء اخراجهم كما هو الاصل فى الاستثناء الحقيقى المتصل ، وانما قصد اثبات حكم آخر لهم وهو أن التائب لا يبقى فاسقا . وذهب أكثر الحنفية الى أن الاستثناء فى الآية متصل ، اذ المعنى ، وأولئك أى الذين يرمون المحصنات هم الفاسقون أى محكوم عليهم بالفسق ألا الذين تابوا من هؤلاء القاذفين الرامين للمحصنات فانهم غير محكوم عليهم بالفسق لان التائب من الذنب كمن لا ذنب له ، والفسق

هو المعصـــية والخـروج عن طـاعة الله تعـالى .

الاســتثناء معيار العموم

العام هو اللفظ الموضـوع وضـعا واحدا لكثير غير محصور المستغرق لجميع ما يصلح له ، كلفظ من فى قول النبى صلى الله عليـه وسـلم (من ألقى سـلاحه فهو آمن) فانه موضـوع لافراد كثيرة غير محصـورة ، ويدل فى الحـديث على اسـتغراق كل فرد ألقى سـلاحه من غير حصر فى فرد معين أو أفراد معينين وللعموم ألفاظ وصيغ تدل عليـه وهى :

الفاظ الجموع :

الجمـع المعـرف بالالف والـلام مثـل قوله تعـالى (والمطلقات يتربصن بأنفسهن [1] ثلاثة قروء) وقوله تعالى (ان الله يحب [2] المحسـنين) وقـوله تعـالى (قد أفلح المؤمنـون الذين [3] هم فى صلاتهم خاشـعون) والجمع المضـاف مثـل قوله تعـالى (خـذ من أموالهم صـدقة [4] تطهـرهم وتزكيهـم بهـا) وقوله تعـالى (يوصيكم الله فى أولادكم [5] للذكر مثـل حظ الانثيين) والجمع المذكر فى رأى كثير من العلماء مثل قوله تعالى (لو كان فيهما آلهة الا الله لفسـدتا) وفى رأى الاكثـر منهم أنه لا يدل على العمـوم ، وما فى الآية ليس استثناء ، وأن ألا بمعنى غـير ومن وأى ، اذا كانتـا شرطيتين أو اسـتفهاميتين حيث تكـونان نصـاف العموم وما ، وأين للمـكان ومتى للزمان ، ومثل قوله تعـالى (ومن يعمل [6] سوءا يجـز به) وقوله تعـالى (من ذا الـذى [7] يشـفع عنـده الا باذنه) وكل وجميـع من ألفاظ التأكيـد وهما نصـان فى العمـوم مثـل قوله تعـالى (وخلق [8] كل شىء) وقوله تعـالى (خلق [9] لكـم ما فى الارض جميعـا) والمفـرد المعـرف بالالف واللام مثـل قوله تعـالى (الزانية والزانى فاجلدوا [10] كل واحـد منهما مائة جلـدة) وقوله تعـالى (والسـارق والسـارقة [11] فاقطعـوا أيديهما) والنكرة فى سـياق النفى مثـل (لا وصـية لوارث الا أن يجيـزها الورثة) ومثـل (لا اله الا الله) والنـكرة فى سـياق الشرط مثـل (اذا دخلت دارا فأنت طالق) فأن التعليق يمنعهـا من دخـول أى دار كانت وهـذا هو العمـوم فى جانب النفى ، والنكـرة الموصـوفة بصفة عامـة مثـل قوله تعـالى (ولعبـد مؤمن خير من مشرك ولو أعجبكم [12]) فأنه بمثابة التعليل للنهى عن أنـكاح المشركين وهو عام بمقتضى الجمـع المحلى بأل ، فتكون العلة عامة لتناسب عمـوم الخبر ، وقـد اختلف العلمـاء فى هذه الالفاظ والصـيغ فقال الكثير ومنهم الامام الشـافعى ، أنهـا حقيقة فى العمـوم مجاز فى الخصـوص ، واختاره ابن الحاجب والامام

(١) الاية رقم ٢٢٨ من سورة البقرة .
(٢) الاية رقم ١٣ من سورة المائدة .
(٣) الاية رقم ١ ، ٢ من سورة المؤمنين .
(٤) الاية رقم ١٠٣ من سورة التوبة .
(٥) الاية رقم ١١ من سورة النساء .
(٦) الاية رقم ١٢٣ من سوره النساء .
(٧) الاية رقم ٢٥٥ من سورة البقرة .
(٨) الاية رقم ٢ من سورة الفرقان .
(٩) الاية رقم ٢٩ من سورة البقرة .
(١٠) الاية رقم ٢ من سورة النور .
(١١) الاية رقم ٣٨ من سورة المائدة .
(١٢) الاية رقم ٢٢١ من سورة البقرة .

البيضاوى وذهب جماعة الى العكس وقال قوم أنها مشتركة بين الامرين ، وتوقف بعض عن الحكم فى الامر بشىء واختاره الآمدى .

واستدل القائلون بالعموم بأدلة منها جواز الاستثناء من هذه الصيغ مثل قوله تعالى (ان عبادى ليس لك (١) عليهم سلطان الا من اتبعك من الغاوين) فقد استثنى من الجمع المضاف (عبادى) ومثل قوله تعالى (ان الانسان لفى (٢) خسر الا الذين آمنوا) لقد استثنى من اسم الجنس المفرد المحلى بالالف واللام ومثل قوله صلى الله عليه وسلم (لا وصية لوارث ألا أن يجيزها الورثة كما جاء فى بعض الروايات فى الحديث ، فقد استثنى من النكرة فى سياق النفى ، ومثل كلمة التوحيد (لا اله الا الله) وهكذا بقية الصيغ التى ذكرت يجوز الاستثناء فيها ، وقد ذكروا فى وجه الاستدلال بجواز الاستثناء على عموم هذه الصيغ أن الاستثناء معيار العموم وذلك لان حقيقة الاستثناء أخراج ما يجب اندراجه من الافراد تحت لفظ المستثنى منه لولاه أذ لو كان لفظ المستثنى منه غير صالح لاستغراق جميع الافراد من غير حصر ، لما كان هناك داع الى اخراج بعض الافراد من الحكم بطريق الاستثناء لانه لم يكن حينئذ يقتضى ثبوت الحكم للجميع فاخراج بعض الافراد بطريق

(١) الآية رقم ٤٢ من سورة الحجر .

(٢) الآية رقم ٢ من سورة العصر .

الاستثناء دليل على أنه كان يشمل جميع الافراد ويقتضى ثبوت الحكم فى الكل لولاه ، ومن ثم كان الاستثناء معيار العموم ودليلا عليه (٣) .

الاستثناء من الاثبات نفى ومن النفى أثبات :

أورد بعض الاصوليين هذا الموضوع فى مسألة مستقلة بالعنوان المذكور وحكى الخلاف فيه بين الجمهور من الشافعية والمالكية والحنابلة وبعض الحنفية من جانب وأكثر الحنفية من جانب آخر ، أو بين الشافعية والحنفية بصفة عامة وأورد الأدلة والحجج والمناقشة والرد من الجانبين ، كما فعل الآمدى فى الاحكام (٤) .

وأورده البعض الآخر على أن الخلاف بين الشافعية والحنفية فى كيفية عمل الاستثناء وأن الشافعية يقولون أن الاستثناء يعمل بطريق المعارضة لانه يقتضى ثبوت حكم فى المستثنى يخالف حكم المستثنى منه ، ويتعارض فى ذلك صدر الكلام وآخره بالنسبة لما تناوله المستثنى ويبقى الحكم فيما وراء ذلك .. وأن الحنفية يقولون أن الاستثناء يعمل بطريق التغيير وبيان عدم دخول المستثنى فى حكم

(٣) البدخشى ج ٢ ص ٦١ ، ٧١ الطبعة السابقة والمستصفى للغزالى ج ٢ ص ٣٥ وما بعدها الطبعة السابقة .

(٤) الاحكام للامدى ج ٢ ص ٤٥١ ، ٤٥٢ الطبعة السابقة والبيضاوى فى المنهاج — البدخشى ج ١ ص ٩٩ ، ١٠٠ الطبعة السابقة وصاحب مسلم الثبوت ج ١ ص ٣٣٦ وما بعدها الطبعة السابقة .

المستثنى منه ، ولا يقتضى ثبوت حكم فى المستثنى لا ينفى ولا باثبات .

ثم أورد هؤلاء موضوع الاستثناء من الاثبات نفى وبالعكس كدليل من جانب الشافعية على أن الاستثناء يقتضى ثبوت حكم فى المستثنى مخالف لحكم المستثنى منه [1] .

واختلاف طريقة العرض لا يغير من حقيقة الامر شيئا ، وبيان ذلك :

ذهب الجمهور من الشافعية والمالكية والحنابلة وطائفة من الحنفية الى أن الاستثناء من الاثبات نفى ومن النفى اثبات فاذا قلت حضر القوم ألا زيدا ، فان صدر الكلام يدل على ثبوت الحضور للقوم ، والاستثناء يدل على نفى الحضور عن زيد ، واذا قلت ما حضر من القوم الا زيد ، فان صدر الكلام يدل على نفى الحضور عن القوم والاستثناء يدل على ثبوت الحضور لزيد وذهب أكثر الحنفية الى أن الاستثناء لا يقتضى ثبوت حكم فى المستثنى أصلا لا نفيا ولا اثباتا بل هو مسكوت عنه لانعدام الدليل الذى يدل على ثبوت حكم فيه كالغاية لا تقتضى نفى الحكم فيما وراءها ، واذا انعدم الحكم السابق عليها فيما وراءها فيكون لانعدام الدليل المقتضى لثبوته فيه .

(١) أصول البزدوى وكشف الاسرار عليها جـ ٣ ص ٨٤١ — ٨٥٠ الطبعة السابقة والتوضيح على التنقيح لصدر الشريعة وحواشيه جـ ٢ ص ٢٨٥ وما بعدها الطبعة السابقة .

وقد ذكر البعض أن الحنفية لا يخالفون فى أن الاستثناء من الاثبات نفى ، وأنما يخالفون فى أن الاستثناء من النفى اثبات فقط وهذا غير صحيح لانهم يخالفون فى الوجهين كليهما [2] .

احتج الجمهور بما يأتى :

أولا : اجماع أهل اللغة على أن الاستثناء من الاثبات نفى ومن النفى اثبات وهذا اجماع منهم على أن موجب الاستثناء اثبات حكم فى المستثنى يخالف حكم المستثنى منه ، وقد جرى علماء المعانى على هذا الاساس حين قرروا أن قول القائل ما زيد ألا قائما يصلح ردا على من زعم أنه ليس بقائم اذ لو لم يكن الكلام مثبتا لحكم فى المستثنى لما صلح ردا ، والاتفاق على أنه لو قال : لفلان على عشرة دراهم ألا ثلاثة ألا درهمين ، يلزمه تسعة دراهم لان الاستثناء الاول من الاثبات فيكون نفيا فيثبت بمقتضاه سبعة دراهم ، والاستثناء الثانى من النفى فيكون اثباتا فيثبت بمقتضاه درهمان ، فيكون مجموع الثابت تسعة دراهم ، وقد ورد التصريح بالحكم المخالف فى الاستثناء فى قوله تعالى (فسجد الملائكة كلهم أجمعون الا ابليس أبى أن يكون مع الساجدين) وقوله تعالى (فسجدوا الا ابليس لم يكن من الساجدين) وقوله

(٢) البدخشى على المنهاج جـ ٢ ص ٩٩ وما بعدها الطبعة السابقة ومسلم الثبوت جـ ١ ص ٣٢٦ وما بعدها الطبعة السابقة .

تعالى (لننجينه (١) وأهله ألا امرأته كانت من الغابرين) •

ثانيا : اجماع المسلمين وأهل اللسان على أن كلمة (لا اله الا الله) كلمة توحيد وأن الناطق بها موحد مثبت للالوهية لله سبحانه وتعالى وناف لها عما سواه ولا تكون كلمة توحيد الا اذا كان فى المستثنى حكم مخالف ، وذلك أنما يتم بنفى الالوهية عن غير الله وأثباتها لله ، ولو كان نافيا للالوهية عن غير الله فقط وليس مثبتا لها بالنسبة لله لما كان ذلك توحيدا لعدم اشعار اللفظ باثبات الالوهية لله سبحانه وذلك خلاف الاجماع •

وناقش الحنفية هذه الادلة بأن النقل عن أهل اللغة محمول على العرف أذ جرى العرف بأن الاستثناء من الاثبات نفى وبالعكس والكلام فى الدلالة اللغوية لا العرفية ، وما نسب الى علماء المعانى انما يصح لو كان مرادهم أنه يصلح جوابا بحسب اللغة والوضع وأما لو أرادوا انه يصلح جوابا لاجل دلالة اللفظ عليه مثل الدلالة على الكيفيات والمزايا كما هو رأيهم ووظيفتهم فلا يصلح دليلا — أما الاستثناء المكرر ... فان نتيجته لم تأت من دلالة الاستثناء على حكم مخالف كما تقولون ، وانما جاءت من أن المستثنى من العشرة فى هذا الاقرار مقيد وكذا المستثنى من الثلاثة والحكم بعد الاخراج لوحظ فيه هذا التقييد فالمثال المذكور اقرار بعشرة منقوص منها ما عبر عنه بثلاثة منقوص منها اثنان ، وهو الواحد فيبقى من العشرة بعد نقصان هذا الواحد تسعة فهو مقربه لانه به التكلم ، وليس فى المستثنى حكم • والتصريح بالحكم المخالف دليل على عدم دلالة الاستثناء على حكم مخالف والا لما كانت هناك حاجة الى التصريح به أما كلمة التوحيد فان دلالتها على التوحيد انما جاءت من عرف الشارع لا من الوضع اللغوى ، وهذا أمر خاص لا يلزم منه أن يكون كل استثناء من النفى اثبات •

واستدل الحنفية بما يأتى :

أولا : نقل عن أهل اللغة أن الاستثناء هو تكلم بالباقى بعد الثنيا فليس فيه تكلم بحكم آخر فى المستثنى لا نفيا ولا اثباتا ، واذا كان الناس يفهمون من الاستثناء حكما مخالفا فى المستثنى فذلك بطريق الاشارة والضرورة لا بطريق القصد والتناول ، فكانت حقيقة الاستثناء ووضعه لغة أخراجا وتكلما بالباقى بعد الثنيا ، والاثبات والنفى جاء بالاشارة ضرورة مخالفة حكم المستثنى لحكم المستثنى منه •

وثانيا : لو كان الاستثناء من النفى اثباتا لكان قول النبى صلى الله عليه وسلم : (لا صلاة الا بطهور) وقوله (لا نكاح الا بولى) مقتضيا صحة الصلاة والنكاح وتحققهما بمجرد وجود الطهارة ووجود الولى ، وذلك باطل باتفاق لان للصلاة وللنكاح شروطا أخرى لا تصح بدون توفرها

---

(١) الاية رقم ٣٢ من سورة العنكبوت .

وتحققها جميعا ولما كان الامر كذلك علم أن المراد بالاستثناء اخراج المستثنى عن دخوله فى حكم المستثنى منه وأنه غير متعرض لنفيه ولا اثباته ونوقش هذا الدليل بأن الاستثناء هنا استثناء من غير الجنس وهو باطل عند المخالفين كما تقدم ، والمقصود من النص فيما ذكر بيان اشتراط الطهارة فى الصلاة والولى فى النكاح • والشرط وان لزم من فواته فوات المشروط ، الا أنه لا يلزم من وجوده وجود المشروط ، لجواز انتفاء المقتضى أو فوات شرط آخر أو وجود مانع •• ونوقش غيره من باقى الادلة •

ونوقش الدليل السابق بأن هذا تسليم بدلالة الاستثناء على حكم مخالف وكونه بطريق الاشارة لا بطريق القصد تنفيه الادلة السابقة •

الاستثناء بعد جمل متعاطفة

اذا ورد الاستثناء بعد جمل معطوف بعضها على بعض بالواو ونحوها من الفاء وثم كما ورد فى مسلم الثبوت نقلا عن التحرير فلا خلاف بين العلماء فى جواز رجوعه الى جميع الجمل المتعاطفة ، والى الاخيرة منها فقط ، والى ما عدا الاخيرة والى ما عدا الاولى حسبما يدل عليه الدليل وليعنيه معنى الكلام •

كما فى قوله تعالى (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون ، الا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فان الله غفور رحيم ••) اتفق العلماء على أن الاستثناء فى قوله (الا الذين تابوا لا يرجع انى الجملة الاولى — فاجلدوهم ثمانين جلدة — اذ التوبة لا تمنع من الجلد واقامة الحد ، واتفقوا على رجوعه الى الجملة الاخيرة — وأولئك هم الفاسقون — لانه بالتوبة يزول العتق وينتهى حكمه — واختلفوا فى رجوعه الى الجملة الثانية — ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا — وترتب على ذلك اختلافهم فى قبول شهادة المحدود فى قذف اذا تاب — على ما سيأتى بيانه •

وكما فى قوله تعالى (ومن قتل مؤمنا خطأ [1] فتحرير رقبة مؤمنة ، ودية مسلمة الى أهله الا ان يصدقوا) اتفقوا على رجوع الاستثناء فى قوله — الا أن يصدقوا — الى الجملة الاخيرة فقط وهى — ودية مسلمة الى أهله — لان الدية حق الاولياء فتسقط باسقاطهم بالتصدق أما تحرير الرقبة فليس حقهم بل هو حق الله تعالى فلا يعمل فيه التصدق ولا يسقط باسقاطهم

وانما اختلف العلماء فى الظاهر عند الاطلاق وعدم وجود دليل أو قرينة تعين رجوعه الى بعض الجمل أو كلها — فذهب الشافعية الى أن الظاهر حينئذ رجوعه الى جميع الجمل وذهب الحنفية الى أن الظاهر رجوعه الى الجملة الاخيرة فقط، وذهب القاضى أبو بكر الباقلانى والامام حجة الاسلام الغزالى وبعض الشافعية الى الوقف لعدم العلم بأنه حقيقة فى الاخيرة فقط أو فى الكل ، وذهب المرتضى من الشيعة الى القول

(١) الاية رقم ٩٢ من سورة النساء •

بالاشتراك أى أنه مشترك بينهما فيتوقف الى ظهور القرنية المعينة لهذا أو ذاك ، ويقول الحنفية أن القائلين بالوقف والاشتراك يوافقونهم فى أن الاستثناء راجع الى الجملة الاخيرة والتوقف انما هو فى شموله لما عداها من الجمل ولكن لعدم الدليل على الشمول عندهم وللدليل على عدم الشمول عند الحنفية •

ولكن جاء فى المستصفى للغزالى — وهو من القائلين بالوقف •• وأن لم يكن بد من رفع التوقف فمذهب المعممين أولى لان الواو ظاهرة فى العطف ، وذلك يوجب نوعا من الاتحاد بين المعطوف والمعطوف عليه ، ولكن الواو محتملة أيضا للابتداء كقوله تعالى (لنبين لكم ونقر فى الارحام [1] ما نشاء الى أجل مسمى) وقوله (فان يشأ الله يختم [2] على قلبك ويمح الله الباطل) وذهب القاضى عبد الجبار وأبو الحسين المعتزلى وبعض المعتزلة الى التفصيل فقالوا : ان ظهر استقلال الجملة الثانية عن الاولى بأن كان الشروع فى الجملة الثانية اضرابا عن الاولى ولا يضمر فيها شىء مما فى الاولى فالاستثناء مختص بالجملة الاخيرة لان الظاهر أنه لم ينتقل عن الجملة الاولى مع استقلالها بنفسها الى غيرها الا وقد تم مقصوده منها • وذلك على أربعة أقسام :

القسم الأول : أن تختلف الجملتان نوعا كما لو قال : أكرم بنى تميم ، والنحاة البصريون ألا البغاددة ، اذ الجملة الاولى أمر والثانية خبر •

القسم الثانى : أن تتحد الجملتان نوعا وتختلفا اسما وحكما كما لو قال (أكرم بنى تميم وأضرب ربيعة ألا الطوال) اذ هما أمران ولكن الاسم مختلف بنى تميم وربيعة وكذا الحكم الاكرام والضرب •

القسم الثالث : ان تتحدا نوعا وتشتركا حكما لا اسما كما لو قال — سلم على بنى تميم ، وسلم على بنى ربيعة الا الطوال •

القسم الرابع : أن تتحدا نوعا وتشتركا اسما لا حكما كما لو قال (سلم على بنى تميم واستأجر بنى تميم الا الطوال) ففى كل هذه الاقسام يختص الاستثناء بالجملة الاخيرة ، وهى فى قوة اقتضائها هذا الاختصاص على الترتيب المذكور ، عدا الرابع فانه مع الثالث فى مرتبة واحدة أما اذا لم يظهر استقلال الجملة الثانية عن الاولى بأن لم تكن اضرابا عنها بل لها بها نوع تعلق فان الاستثناء يرجع الى الكل ، وذلك أيضا على أربعة أقسام :

القسم الاول : أن تتحد الجملتان نوعا واسما لا حكما ولكن الحكمين قد اشتركا فى غرض واحد ، كما لو قال : (أكرم بنى تميم وسلم على بنى تميم ألا الطوال) فان الحكمين الاكرام والتسليم وان اختلفا الا انهما يشتركان فى غرض واحد وهو الاعظام •

---

(١) الاية رقم ٥ من سورة الحج .
(٢) الاية رقم ٢٤ من سورة الشورى .

القسم الثانى : أن تتحد الجملتان نوعا وتختلفا حكما ، واسم الاول مضمر فى الثانية كما لو قال : (أكرم بنى تميم واستأجرهم وربيعة ألا الطوال) •

القسم الثالث : أن تتحد الجملتان نوعا وتختلفا اسما — وحكم الاولى مقدر فى الثانية والغرض مشترك كما لو قال : (أكرم بنى تميم وربيعة ألا الطوال) •

القسم الرابع : أن يختلف نوع الجمل المتعاقبة الا أنه قد أضمر فى الاخيرة ما تقدم أو كان غرض الاحكام المختلفة فيها واحدا كما فى قوله تعالى : (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ، ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون ، ألا الذين تابوا ••) فان الجملة الاولى — فاجلدوهم ثمانين جلدة — أمر ، والثانية — ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا — نهى — والثالثة — وأولئك هم الفاسقون — خبر غير أن هذه الآية داخلة تحت القسم الاول من هذه الاقسام التى لم يظهر فيها استقلال الجملة الثانية عن الاولى ، لاشتراك الاحكام فى الجمل الثلاثة ، فى غرض الانتقام والاهانة — وداخله أيضا تحت القسم الثانى منها لاضمار الاسم المتقدم فيها كلها •

وهذا الرأى يوافق رأى الشافعية اذ مآله رجوع الاستثناء الى الجميع الا لمانع وهذا ما يقوله الشافعية والفرق بينهما أن هؤلاء يقصرون المانع على ما ذكروه والشافعية يطلقون المانع ليشمل غير ما ذكر — فالخلاف بين القولين فى تعيين الموانع واختار الامدى فى الاحكام أنه متى ظهر أن الواو للابتداء فالاستثناء يكون مختصا بالجملة الاخيرة كما فى القسم الاول من الاقسام الاولى لعدم تعلق أحدى الجملتين بالاخرى وهو ظاهر وحيث أمكن أن تكون الواو للعطف كما فى باقى الاقسام السبعة فالواجب الوقف حتى تظهر القرينة أو الدليل المعين ••

احتج الشافعية والقائلون برجوع الاستثناء الى الجميع بما يأتى :

أولا : أن الكل متفقون على أنه لو قال : (والله لا أكلت الطعام ولا دخلت الدار ، ولا كلمت زيدا أن شاء الله) • فأن الاستثناء فى قوله (أن شاء الله) يعود الى الجميع • فكذا فى قوله : أكرم بنى تميم وأهن بنى ربيعة ألا الطوال • يجب أن يعود الى الجميع •

ثانيا : أن الاستثناء صالح أن يعود الى كل واحدة من الجمل وليس البعض أولى من البعض فوجب العود الى الجميع كالعام •

وثالثا : أنه لو قال : على خمسة وخمسة ألا ستة فأنه يصح ولو كان مختصا بالاخيرة لما صح لكونه مستغرقا لها •

واحتج الحنفية بما يأتى :

أولا : أن الاستثناء اذا تكرر كان الاستثناء الثانى عائدا الى الجملة الاستثنائية لا الى الجملة الاولى فدل على اختصاص الاستثناء بالجملة الاخيرة دون المتقدمة ، وذلك كما لو قال : له على عشرة ألا أربعة ألا اثنين) فأن الاستثناء الثانى يختص بالاربعة دون العشرة •

ثانيا : أن الاستثناء دعت اليه الحاجة وهو لا يستقل بنفسه فاقتضت الضرورة والحاجة أن يعود الى غيره — وهذه الضرورة تندفع بعوده الى ما يليه فلا حاجة لعوده الى غير الذى يليه، وانما رجح الذى يليه على غيره لانه أقرب اليه من غيره كالضمير بعد متعدد يعود الى أقرب مذكور •

ثالثا : أن شرط صحة الاستثناء أن يكون متصلا بالمستثنى منه ، والجملة الاخيرة فاصلة بينه وبين ما سبقها من الجمل فلا يصح رجوعه اليها •

رابعا : أن حكم الجملة الاولى ظاهر فى الثبوت عموما ، ورفعه عن البعض بالاستثناء مشكوك فيه ، اذ يحتمل الاختصاص بالجملة الاخيرة فلا يرفع من حكم الاولى شيئا ويحتمل عوده للكل فيرفع من حكمها بمقداره ، فكان الرفع مشكوكا فيه ، فلا يعارض الظاهر وهو ثبوت حكم الاولى عموما ولا يرجع اليها •

واحتج القائلون بالاشتراك بما يأتى :

أولا : أنه يحسن الاستفهام من المتكلم بالاستثناء عقب الجمل المتعاطفة عن أرادته عوده للكل أو للاخيرة ، ولوكان حقيقة فى أحد هذه المحامل دون غيره لما حسن الاستفهام •

ثانيا : أنه يصح اطلاق الاستثناء موضوع الكلام وأرادة عوده الى الجملة الاخيرة والى الجمل كلها والى بعضها دون البعض باجماع أهل اللغة والاصل فى الاطلاق الحقيقة والمعانى مختلفة فكان مشتركا لفظيا •

واحتج القائلون بالوقف بأنه اذا بطل التعميم والتخصيص لان كلا منهما تحكم ورأينا العرب تستعمل كلا منهما — ولا يمكن الحكم بأن أحدهما حقيقة والاخر مجاز — وجب التوقف حتما ألا أن يثبت نقل متواتر من أهل اللغة أنه حقيقة فى أحدهما مجاز فى الاخر •

وقد ورد فى القرآن رجوع الاستثناء الى الكل والى الجملة الاخيرة والى بعض الجمل السابقة دون بعض — كقوله تعالى : (فكفارته اطعام عشرة مساكين[1] من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام ••) فأن قوله — فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام — راجع الى

---

(١) الاية رقم ٨٩ من سورة المائدة .

الخصال الثلاثة ، وكقوله تعالى « واذا جاءهم أمر [١] من الأمن أو الخوف أذاعوا به ولو ردوه الى الرسول والى أولى الامر منهم لعلمه الذين يستنبطونه منهم ، ولولا فضل الله عليكم ورحمته لا تبعتم الشيطان الا قليلا) فأن الاستثناء يبعد رجوعه الى ما يليه اذ يؤدى الى أن لا يتبع الشيطان بعض من لم يشمله فضل الله ورحمته ، ومن ثم قيل أنه راجع الى قوله ــ لعلمه الذين يستنبطونه منهم ــ ألا قليلا منهم لا يعلمونه لتقصير وأهمال وغلط أو الى قوله ــ اذاعوا به ــ وكقوله تعالى (فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله الا أن يصدقوا) فأن الاستثناء فيه راجع الى الجملة الاخيرة على ما أشير اليه سابقا وكما فى آية القذف ــ فأن الاستثناء فيها راجع الى الجملة الاخيرة باتفاق وغير راجع الى الجملة الاولى باتفاق ، ومختلف فى رجوعه الى الجملة الثانية على ما سبق أيضا وقد انبنى على اختلاف الائمة فى مرجع الاستثناء فى آية القذف اختلافهم فى قبول شهادة المحدود فى القذف اذا تاب وعمل عملا صالحا ــ فلما قال الحنفية أن الاستثناء مختص بالجملة الاخيرة وهى قوله تعالى ــ وأولئك هم الفاسقون ــ ولا يرجع الى قوله تعالى ــ ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا ــ قالوا لا تقبل شهادة المحدود فى قذف ولو تاب وعمل صالحا ، لعموم هذا النص وعدم خروج من تاب وعمل صالحا من حكمه وهو النهى عن قبول شهادته بالاستثناء .. ولما قال الشافعية وكذا المالكية والحنابلة : أن الاصل فى الاستثناء المتعقب جملا متعاطفة أن يرجع الى جميع الجمل ــ قالوا أنه يرجع فى هذه الآية الى الجملة الثانية ــ ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا ــ ويخرج من حكمها وهو عدم قبول شهادة التائب المصلح ــ فتقبل شهادته كما يرجع الى الاخيرة وأخرج منحكمها وهو الفسق هذا التائب ، ولولا أن الدليل منع من رجوعه الى الجملة الاولى لرجع اليها وأخرج التائب المصلح من حكمها وهو وجوب الجلد ، وهذا الدليل هو أن الجلد حق الادمى وهو المقذوففلايسقط بالتوبة . ومن ثم قالوا أن شهادة المحدود فى قذف تقبل اذا تاب وأصلح .

ويقول الحنفية أن الدليل الذى منع من رجوع الاستثناء الى الجملة الاولى هو الذى يمنع من رجوعه الى الجملة الثانية ، اذ أهدار شهادة المحدود فى القذف تعتبر من تتمة الحد الواجب ايقاعه عليه وهو مناسب لاعتباره من الحد لان الحد شرع للزجر ، وهذا أشد فى الزجر من الجلد عند أصحاب المروءة ، وجريمة القذف تحصل باللسان فكان من المناسب أن يهدر كلام هذا اللسان فى الشهادة كالسرقة لما كانت

---

(١) الآية رقم ٨٣ من سورة النساء .

باليد جعل حدها قطع تلك اليد [1] .

تعدد الاستثناء

اذا ورد الاستثناء على الاستثناء وتعددت الاستثناءات فأن تعاطفت أى عطف بعضها على بعض عادت كلها الى المستثنى منه الاصلى وأخرجت من حكمه أى جمعت كلها مع بعضها وأخرج المجموع من المستثنى منه ، نحو له على عشرة دراهم الا ثلاثة وألا اثنين ، يلزمه خمسة وهى الباقى المقربه بعد استثناء الثلاثة والاثنين من العشرة وذلك لوجوب تساوى المعطوف والمعطوف عليه فى الحكم .

وكذلك اذا كان الاستثناء الثانى مستغرقا للاول بدون عطف سواء كان الثانى مساويا للاول نحو (له على عشرة دراهم ألا اثنين ألا اثنين) . أو أزيد منه نحو (له على عشرة دراهم ألا اثنين ألا ثلاثة) فأن الاستثناءات كلها ترجع الى المستثنى منه الاصلى وتخرج من حكمه كما فى حالة تعاطفها — فيلزمه فى المثال الاول ستة دراهم ، وفى المثال الثانى خمسة ، الباقى فى كل منهما بعد طرح مجموع الاستثناءات من المستثنى منه ، وان لم تكن الاستثناءات متعاطفة ولم يكن الثانى مستغرقا لما قبله فان الاستثناءات ترتبط ببعضها ويعود الاخير الى سابقه وهكذا وحينئذ يجب أن يراعى ما جرى عليه الشافعية وجمهور العلماء من أن الاستثناء من الاثبات نفى ومن النفى اثبات فيطرح النافى ويحتفظ بالمثبت كله أو بعضه على حسب نتيجة الاستثناء والباقى أخيرا هو المقربه فلو قال : (له على عشرة دراهم ألا ثمانية ألا سبعة ألا ستة — فالثمانية استثناء من الاثبات وهو على عشرة — فتكون نفيا فلا يلزمه من العشرة ألا اثنان الباقى بعد الثمانية المنفية — وقوله ألا سبعة — استثناء من النفى وهو ألا ثمانية — فتكون اثباتا فتلزمه السبعة مع الاثنين الباقية من العشرة فتكون تسعة — وقوله ألا ستة استثناء من الاثبات فتكون نفيا لالتزامه بها ويطرح هذا النفى من مجموع ما لزمه فيما سبق وهو تسعة يكون الباقى ثلاثة وهو ما يلزمه بمقتضى هذا الاقرار .

وهذه هى طريقة الشافعية فى تعدد الاستثناءات وبيان ما يلزم فيه .

أما الحنفية فأنهم يتفقون مع الشافعية فى حالة تعاطف الاستثناءات المتعددة اذ يقولون برجوعها كلها الى المستثنى منه

---

(١) مسلم الثبوت جـ ١ ص ٣٣٢ ، ٣٣٩ الطبعة السابقة والتوضيح وحواشيه جـ ٢ ص ٣٠٣ ، ٣٠٤ الطبعة السابقة والمستصفى جـ ٢ ص ١٧٤ ، ١٨٠ الطبعة السابقة والاحكام للامدى جـ ٢ ص ٤٣٨ ، ٤٥١ الطبعة السابقة .

الاصلى بشرط ألا يستغرق مجموعها المستثنى منه الاصلى ، وألا بطل الاستثناء للاستغراق ، ولو قيل يبطل منه ما أدى الى الاستغراق فقط ويبقى ما قبله لكان له وجه كما قال البعض لان كلام العاقل يصان عن اللغو والعبث بقدر الامكان ، والذى جعله لغوا وعبثا هو ما أدى الى الاستغراق فيقتصر عليه ، فلو قال : له على عشرة ألا خمسة وألا ثلاثة وألا اثنين ، بطل الاخير والاول أصح لانه كلام واحد لا يتجزأ •

وفى الاستثناء المستغرق : اذا كان الثانى هو المستغرق نحو — له على عشرة ألا خمسة الا عشرة يبطل الثانى للاستغراق ويصح الاول فيلزم فى هذا المثال خمسة •• واذا كان الاول هو المستغرق نحو له على عشرة ألا عشرة ألا خمسة ففيه ثلاثة أراء :

الاول : أنه يبطل الاستثناءان جميعا ، الاول لانه مستغرق والثانى لانه استثناء من باطل ويلزمه عشرة والثانى — أنه يصح الاستثناءان ويلزمه خمسة باستثناء الثانى من الاول والباقى من المستثنى منه الاصلى لان الكلام انما يتم بآخره ، وبهذا الاخر ظهر أن الاستثناء الاول غير مستغرق — وقد قالوا أن هذا أقيس ، والثالث — أنه يبطل الاستثناء الاول للاستغراق ، ويصح الثانى ويجع الى المستثنى منه الاصلى وقد قالوا أن هذا ضعيف ولم يذكروا وجهه •

وظاهر من كلام الحنفية فى هذا الاستثناء المستغرق أنهم ينظرون فى اعتبار الاستثناء مستغرقا الى المستثنى منه الاصلى بينما ينظر الشافعية الى استغراق الاستثناء الاخير لما قبله •

أما فى حالة تعدد الاستثناءات بدون عطف ولا استغراق نحو — له على عشرة دراهم ألا خمسة ألا أربعة ألا ثلاثة ألا اثنين ألا واحد — فالاصل فيه عندهم أن يصرف كل استثناء الى ما سبقه ويرجع اليه لانه أقرب مذكور اليه ويبدأ بالمستثنى الاخير فيخرج مما قبله مباشرة والباقى يخرج مما قبله وهكذا الى أن تصل الى الاستثناء الاول فيخرج ما بقى منه عن المستثنى منه الاصلى وما بقى يكون هو القدر المقر به والذى يلزم المقر •• ففى المثال المذكور نطرح المستثنى الاخير وهو واحد مما قبله وهو الاثنان يبقى واحد نطرحه من الثلاثة يبقى اثنان نطرحهما من الاربعة يبقى اثنان نطرحهما من الخمسة تبقى ثلاثة نطرحهما من العشرة المستثنى منه الاصلى تبقى سبعة وهو المقدار المقر به والذى يلزم المقر •• وهكذا فى كل الامثلة التى يتعدد فيها الاستثناء بدون عطف ولا استغراق وهناك طريقة أخرى وهى أن تجمع الاعداد التى مراتبها فردية أى الاول والثالث والخامس وهكذا على حدة ، ونجمع الاعداد التى مراتبها زوجية

أى الثانى والرابع والسادس وهكذا ، ثم نطرح مجموع الثانية من مجموع الاولى والفرق بينهما هو المقدار المقر به ، والنتيجة واحدة فى الطريقتين ، ففى المثال المذكور يقال (١٠ + ٤ + ٢) — (٥ + ٣ + ١) = ١٦ — ٩ = ٧ وهو المقدار المقر به . وهو نفس ماأنتجته الطريقة الاولى [١] .

أحكام الاستثناء فى الفقه

الاستثناء فى الاقرار

مذهب الحنفية :

يرى الحنفية — كما سبق أن ذكرنا — أن الاستثناء تكلم بالباقى بعد الثنيا وأن قول الشخص : لفلان على عشرة دراهم الا ثلاثة يعتبر أقرارا بالباقى بعد المستثنى فكأنه قال — لفلان على سبعة دراهم — فالاستثناء قرينة على أن صدر الكلام المستثنى منه لم يتناول المستثنى فى حق الحكم — فيكون المتكلم مقرا منأول الامر بالباقى وهو سبعة فى المثال المذكور ، وليس مقرا أولا بعشرة دراهم ثم أخرج منها ثلاثة بالاستثناء وألا لكان رجوعا عن الاقرار فى القدر المستثنى والرجوع عن الاقرار فى حق العباد غير مقبول ولا جائز شرعا .

شروط صحة الاستثناء :

يشترط لصحة الاستثناء شروط هى :—

١ — أن يكون متصلا بالمستثنى منه بحسب العرف أى لا يفصل بينهما فاصل أجنبى أو انقطاع ألا لضرورة ، وألا بطل الاستثناء ولزم المقر ما اقتضاه الكلام قبله ، فلو قال : لفلان على مائة جنيه وسكت مدة من غير ضرورة ثم قال ألا خمسين ، فان هذا الاستثناء يكون باطلا وتلزمه المائة كلها لان تمام الكلام بآخره فاذا انقطع فقد تم ولا يعتبر الاستثناء بعد ذلك.. ولا يضر انقطاع الكلام لضرورة كالتنفس والسعال وأخذ الفم — كما لا يضر بالنداء نحو أن يقول : لك عندى ألف درهم يافلان ، الا مائة لان النداء تنبيه المنادى لما يلقى من الكلام فلا يعتبر أجنبيا عن الكلام ويستوى أن يكون المنادى مفردا أو مضافا وأن يكون المنادى هو المقر له أو غيره ... ومن قبيل الفصل بكلام أجنبى الفصل بتهليل أو تكبير أو تسبيح أو اشهاد ، نحو : لفلان على مائة درهم فاشهدوا — ألا عشرين ، فاذا فصل بشىء من ذلك لم يصح الاستثناء .

٢ — أن لا يكون المستثنى مستغرقا للمستثنى منه بلفظه نحو أن يقول : لفلان على عشرة دراهم ألا عشرة أو بما يساويه نحو أن يقول : لفلان على عشرة دراهم ألا خمسة وخمسة ، أو يقول : عبيدى أحرار ألا مماليكى فأن خمسة وخمسة تساوى عشرة — ومماليكى تساوى عبيدى — ففى جميع ذلك لا يصح الاستثناء وتجب العشرة كلها ويعتق العبيد

---

(١) المنهاج للقاضى البيضاوى وشرح البدخشى والاسنوى عليه جـ ٢ ص ١٠١ ، ص ١٠٤ الطبعة السابقة .

جميعهم .. فلو كان الاستغراق آتيا من الخارج لا من اللفظ بأن كان لفظ المستثنى منه صالحا الدلالة لغة على أكثر من المستثنى ولكن لا يوجد من مدلوله فى الخارج والواقع ألا بقدر المستثنى صح الاستثناء وبطل الاقرار ، وذلك نحو أن يقول : زوجاتى طوالق الا هؤلاء وأشار الى جميع زوجاته ، أو الا هندا وسلمى وأم كلثوم ، وهن فى الواقع كل زوجاته ، أو يقول : لفلان ثلث مالى الا ألفا وهو فى الواقع لا يملك الا ثلاثة آلاف وثلث ماله هو ألف — فان الاستثناء يصح فى جميع هذه الصور ويبطل الكلام ولا تطلق زوجاته ولايجب عليه شىء للمقر له بثلث المال ، لان الشرط فى صحة الاستثناء عدم الاستغراق بحسب الظاهر لا بحسب الحقيقة ، وهذا يتحقق اذا كان الاستغراق آتيا من الخارج لا من اللفظ .

٣ — أن يكون المستثنى من جنس المستثنى منه نحو أن يقول : لفلان على عشرة جنيهات ألا أربعة فأن هذا الاستثناء يصح وتجب ستة جنيهات فاذا لم يكن من جنسه كما فى استثناء الثياب والغنم والدواب من الدراهم والدنانير أو من المكيل والموزون والعددى نحو أن يقول : له على مائة دينار ألا ثوبا أو ألا شاة ، فأنه لا يصح ويبطل الاستثناء ويجب المقر به كله لانه لا مناسبة بين الثياب والدواب وبين الدراهم والدنانير أو المكيل والموزون مثلا فى وصف أو فى معنى جامع بينهما ، وهذا بالاتفاق بين فقهاء الحنفية واختلفوا فى استثناء الدراهم والدنانير والمقدرات التى لها تقدير فى العرف أو الشرع كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة — بعضها من بعض ولكن من خلاف الجنس نحو أن يقول : لفلان على ألف درهم الا دينارا ، أو الا أردب قمح أو ألا رطل زيت أو الا مائة جوزة .. فقال الشيخان أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى ، أن هذا الاستثناء صحيح وهو الاستحسان لان المقدرات كلها تعتبر من جنس واحد فى المعنى اذ يحميها أولا الصلاحية للثمنية حتى لو اشترى شخص دارا بكذا أردبا من القمح موصوفة أو بكذا قنطارا من السمن أو بكذا عددا من الجوز — جاز البيع ويتعين ما ذكر فى مقابلة المبيع ثمنا له كالدراهم والدنانير على السواء .. ويحميها ثانيا الثبوت دينا فى الذمة بمقابلة ما هو مال فى المعادلات المالية ، وما ليس بمال بأن تكون مهرا فى النكاح وبدلا فى الخلع حالة ومؤجلة . ويجوز استقراضها . فصار الجنس واحدا من حيث الثبوت فى الذمة دينا صحيحا .. ولكن الصورة مختلفة فلا يمكن أن يجعل الاستثناء تكلما بالباقى ألا باعتبار قيمة المستثنى فنطرح قيمة المستثنى من المستثنى منه وما بقى يكون هو الواجب الذى يلزم المقر ، فان استغرق قيمة المستثنى كل المستثنى منه بطل الاستثناء للاستغراق ووجب المقر به كله وقال محمد

وزفر رحمهما الله تعالى أن هذا الاستثناء لا يصح وتجب الالف كلها فى المثال المذكور ، وهذا هو القياس لان الاستثناء عندنا تكلم بالباقى ولا يتأتى ذلك الا فيما يكون المستثنى فيه داخلا تحت المستثنى منه ومن متناولاته والمستثنى هنا غير داخل لاختلاف الجنس ، ومن ثم يجعل الاستثناء فيه منقطعا وتكون الا بمعنى لكن ، وكأنه قال فى المثال المذكور : لفلان على ألف درهم ، لكن الدينار أو أرد بالقمح ليس على ، ونفى وجوبه لا يؤثر فى وجوب الالف درهم كلها كما فى استثناء الثوب والشاة من الالف درهم ، ومن ثم تجب الالف درهم كلها .

ويتصل بما ذكر ما اذا أقر الشخص بمالين واستثنى بعدهما شيئا ولم يبين أن المستثنى من أيهما — وقد ذكروا فى حكم هذه المسألة أنه ان كان المقر له بالمالين واحدا نحو أن يقول : لفلان على ألف درهم ومائة دينار وألا درهما صرف الاستثناء الى الثانى وان لم يكن من جنسه فى القياس لانه متصل به وقد فصل بينه وبين الاول ذكر الثانى . وفى الاستحسان أنه يصرف الى جنسه الاول أو الثانى ، ففى المثال المذكور يصرف الاستثناء الى الدراهم فى الاستحسان لانه من جنسها والفاصل من تتمة الكلام فلا يؤثر وعلى ذلك فيجب على المقر مائة دينار كاملة وتسعمائة وتسعة وتسعون درهما ، وفى القياس يصرف الاستثناء الى الثانى أى الدنانير لاتصاله به ، والجنس غير مختلف فى الدراهم والدنانير بل والمقدرات الخاصة على ما سبقت الاشارة اليه فتطرح قيمة الدرهم المستثنى من الدنانير ويجب عليه حينئذ ألف درهم ومائة دينار الا قيمة درهم وان كان المقر له بالمالين متعددا نحو أن يقول: لفلان على ألف درهم ولفلان آخر على مائة دينار الا درهما صرف الاستثناء الى الثانى مطلقا سواء كان المستثنى من جنس المال الاول أو الثانى .. وهذا كله عند الشيخين أبى حنيفة وأبى يوسف ، وقال محمد ان كان المالان لرجل واحد صرف الاستثناء الى جنسه الاول أو الثانى لان الاستثناء من غير الجنس غير صحيح عنده ، وأن كان المالان لرجلين لم يصح الاستثناء أصلا لوقوع الشك فى أصل الاستثناء بالنسبة لكل منهما على التعيين .

٤ — أن يكون المستثنى منه دالا على المستثنى قصدا بحسب لفظه لا تبعا وتضمنا ، فلو كان دالا عليه تبعا لم يصح استثناؤه حينئذ ، ويترتب على ذلك ما يأتى :

(أ) اذا أقر لشخص ببيت أو دار واستثنى منهما البناء لم يصح الاستثناء ويجب للمقر له الارض والبناء معا لان كلا من البيت والدار لا يشمل البناء بحسب اللفظ ولكن البناء تابع

لما ذكر فأشبه الوصف بل هو يقع موقع الوصف فعلا اذ يقال : بيت مبنى ودار مبنية .. واستثناء الوصف لا يجوز لانه يدخل تبعا لا قصدا .

(ب) اذا أقر لآخر بدار واستثنى منها بيتا صح الاستثناء لان الدار تشمل البيت بحسب اللفظ ويدخل فيها قصدا لانه جزء منها .

(ج) اذا أقر له بأرض ألا بناءها لم يصح الاستثناء ويجب للمقر له الارض والبناء معا لأن البناء تابع للعرصة أى الارض والوجه فى ذلك كله أن الدار والبيت والارض اسم لما وضع عليه البناء وليس اسما للارض والبناء معا ، ولكن البناء يدخل تبعا فى بيع الدار والبيت والاقرار بهما ، حتى أنه لو استحق البناء قبل القبض فى بيع الدار والبيت لا يسقط شىء من الثمن بمقابلته بل يتخير المشترى فى أخذ الارض بكل الثمن أو ترك البيع ، والفص فى الخاتم والنخلة فى البستان نظير البناء فى الدار تدخل تبعا ومن ثم لا يصح استثناؤهما ألا أن يستثنى النخلة بأصولها لأن أصولها تدخل فى الاقرار قصدا لا تبعا فيصح الاستثناء حينئذ .

وهذا بخلاف ما اذا قال : هذه الدار لفلان ألا ثلثها أو ألا البيت الفلانى منها فأنه لى ، فأن الاستثناء فيه صحيح ويكون للمقر له من الدار ما عدا الثلث وما عدا البيت المستثنى ، لان المستثنى فى ذلك داخل فى المستثنى منه قصدا لا تبعا اذ هو بعضه وجزء منه حتى لو استحق ثلث الدار أو بيت منها فى بيع الدار سقطت حصته من الثمن وكان المشترى مخيرا بين اخذ الباقى بمقابله من الثمن وبين الرد سواء كان الاستحقاق قبل القبض أو بعده كما هو مبسوط فى أحكام البيع من كتاب البيع فى ابن عابدين .

وأما العرصة فهى اسم للارض خالية من البناء فلا يدخل فيها البناء لا أصلا ولا تبعا ومن ثم لا يصح استثناؤه منها كما أنه غير تابع لها فى الاقرار بها أو فى بيعها حتى لو قال : بناء هذه الدار لى وعرصتها لك كان كما قال لان العرصة هى البقعة لا البناء فقصر الحكم عليهما يمنع دخول الوصف وهو البناء تبعا ولكن لو قال : بناؤها لى وأرضها لك كان البناء للمقر له أيضا لدخوله تبعا للارض فى الاقرار . وقد قيل ان هذه التفرقة بين الارض والعرصة لا تتمشى مع العرف . اذ العرف لا يفرق بينهما ، وكذلك العرف يقضى بأن البيت يطلق على مجموع الارض والبناء صغيرا كان أو كبيرا وهو عرف عام ولو أخذ به لتغير الحكم .

جاء فى الهداية وتكملة الفتح من باب الاقرار : من أقر بدار واستثنى بناءها لنفسه بأن قال : هذه الدار لفلان ألا بناءها فأنه لى لم يصح الاستثناء وكان للمقر له الارض والبناء لأن البناء داخل تبعا لانه وصف فى الدار اذ يقال : دار

مبنيــة والوصف يدخــل تبعــا لا قصــدا ، ولهــذا لو اســتحق البنــاء قبــل القبض فى بيع الــدار لا يســقط شىء من الثمــن بمقابلته بل يتخير المشــترى ، والفــص فى الخــاتم والنخلة فى البســتان نظير البناء فى الدار .. وهــذا بخــلاف ما اذا قال : هذه الدار لفــلان الا البيت الفــلانى منهــا فأن الاســتثناء صــحيح لان المســتثنى داخل فى المستثنى منه قصدا لا تبعا اذ هو بعضه ، حتى لو اســتحق فى البيع ســقطت حصته من الثمن وكان المشترى مخيرا ســواء قبــل القبــض أو بعده ـ كما فى أحكام البيــع ولو قال : بنــاء هــذه الدار لى وعرصــتها لفــلان يكون كما قال لأن العرصة عبــارة عن البقعــة دون البناء بخــلاف ما اذا قال بناؤها لى وأرضها لفــلان حيث يكون البناء للمقر له أيضا لان الاقــرار بالارض اقرار بالبنــاء على أن الارض أصل والبنــاء تبــع والاقرار بالاصــل اقرار بالتــبع فصــار الاقرار بالارض كالاقرار بالدار .

وقد قال صــاحب التكملة ـ كون البيــت داخــلا فى الــدار لفظــا ومقصــودا مشكل على القــول بأن الدار اســم للعرصــة كما ذكروه فى باب الأيمــان واستدلوا به على أن من حلف لا يدخــل الــدار فدخلهــا بعــد ما تهدمت وصــارت صــحراء حنث اذ على تقــدير أن يكــون البيت داخلا فى الدار لفظــا ومقصودا يكــون جــزءا من مدلــول لفــظ الدار فلا تكــون الدار حينئــذ اسما للعرصــة فقــط بل لمجموع العرصة والبيوت فاذا تهدمت وصــارت صــحراء لــزم أن تنعــدم بانعــدام بعــض أجزائها فلم يظهر وجــه الحنث فى المسألة المذكــورة .

وأيضــا فأن ما ذكــروه مخالــف لمــا جــرى به العــرف من أن البيــت اســم لبنــاء مســقف له حــوائط أربعة أو ثلاثة ، والمقرر أن الايمــان مبنيــة على العــرف وكذلك الامر فى الاقرار وغيره من التصرفات ينبغى أن يرجــع فيهــا الى العــرف فى كل زمان ومكان ولا يتقيد بعــرف خاص ونقــل صاحب التكملة كما نقــل ابن عابــدين فى حاشــيته فى فصــل الاســتثناء من الاقرار عن الذخيرة فى مسألة الاقــرار بالعرصة دون البنــاء وبالارض دون البنــاء ، وتبعيته لهذه دون تلك ، ضابطا جاء فيه أن تخــريج هــذه المسائل مبنى على أصلين .

الاول : أن الدعوى قبــل الاقرار لا تمنع صحة الاقرار بعــدها والدعوى بعد الاقرار فى بعض ما دخل تحت الاقــرار لا تصــح ، أى أن الاقــرار بعــد الدعوى صحيح دون العكس .

والثانى : أن اقــرار الانســان حجة على نفســه وليــس بحجة على غــيره : وبناء على ذلك :

١ ـ اذا قال : بنــاء هذه الــدار لى وأرضــها لفلان كانت الارض والبناء لفــلان لانه قــد أدعى أولا أن البنــاء له ، ثم أقــر بأن الارض لفــلان والبنــاء يتبــع الارض فى الاقــرار فيكــون قد أقــر بالبنــاء لفلان هــذا بعــد ادعائه أنه له فيصــح الاقرار..

واذا قال .أرضــها لى وبناؤها لفــلان فكما

قال ، لانه قد ادعى البناء لنفسه أولا ضمن أدعاء الارض ثم أقر بأن البناء لفلان بعد الدعوى فيصح الاقرار ويؤمر المقر له بنقل البناء من أرض المقر .. واذا قال : أرض هذه الدار لفلان وبناؤها لى فالارض والبناء للمقر له ، لانه أقر أولا بأن البناء لفلان تبعا للاقرار له بالارض ، ثم ادعى بعد ذلك البناء لنفسه والدعوى بعد الاقرار ببعض ما دخل تحت الاقرار لا تصح واذا قال : أرض هذه الدار لفلان وبناؤها لفلان آخر فالارض والبناء للمقر له الاول ، لانه أقر أولا بالبناء للاول ضمن اقراره له بالارض ، ثم أقر بالبناء للثانى، وهذا اقرار على الاول والاقرار على الغير لا يصح . واذا قال : بناء هذه الدار لفلان وأرضها لفلان آخر فهو كما قال ، لانه أقر أولا بالبناء للاول ثم أقر ثانيا على هذا الاول بالبناء للثانى تبعا لاقراره له بالارض فكان اقرارا على الغير فلم يصح .

جهالة المستثنى

والاصل فى الاستثناء أن يكون المستثنى معلوما غير أن ذلك ليس بشرط فى صحته فيجوز أن يكون المستثنى مجهولا نحو أن يقول : لفلان على مائة درهم ألا شيئا أو الا قليلا أو ألا بعضا فأن الاستثناء يكون صحيحا فى الجميع ، ويجب على المقر فى الامثلة المشار اليها أكثر من نصف المائة المستثنى منها لان استثناء الشىء أو البعض أو القليل استثناء الاقل عرفا مما يثبت فى الذمة ويطالب به المقر فيكون الباقى بعد الاستثناء أكثر من المستثنى عرفا . والاكثرية تتحقق بالزيادة على النصف غير أنه لا يمكن تحديد هذه الزيادة الا بالرجوع الى المقر ومن ثم يكون القول قوله فى ذلك اذ هو المجمل فيكون البيان اليه ، ويجب عليه أن يبين .. فاذا لم يبين يحكم بزيادة أو فى، ما تتحقق به الزيادة على النصف . فيزاد فى المثال المذكور درهم على نصف المائة وبذلك يلزمه واحد وخمسون درهما . وقد أقر بشيئين واستثنى أحدهما كقوله : لفلان على أردب قمح وأردب شعير الا أردب قمح كان الاستثناء باطلا لأنه مستغرق والاستثناء المستغرق باطل كما تقدم .. واذا استثنى أحدهما وبعض الاخر بأن قال : لفلان على أردب قمح وأردب شعير ألا اردب قمح وكيلة شعير ينظر فان أخر استثناء كيلة الشعير كما فى المثال ، كان الاستثناء باطلا كله لانه لما بطل استثناء أردب القمح للاستغراق صار لغوا وقد صار قاطعا للكلام بين المستثنى منه واستثناء كيلة الشعير فصار الاستثناء منفصلا وشرط صحته الاتصال كما تقدم فكان باطلا لذلك .. أما أن قدم استثناء كيلة الشعير على استثناء أدرب القمح بأن قال : ألا كيلة شعير وأردب قمح فأنه يصح استثناء كيلة الشعير من الثانى بالاتفاق لعدم الفاصل حينئذ .

واذا استثنى عددين بينهما حرف الشك من عدد آخر نحو أن يقول : لفلان على ألف درهم ألا مائة درهم أو خمسين يطرح العدد الاكبر من العددين المردد بينهما من المستثنى منه والباقى يكون هو الواجب فيلزمه تسعمائة درهم فى المثال المذكور ، لان الاستثناء تكلم بالباقى بعد المستثنى والمستثنى مشكوك فيه والاصل براءةالذمة فلا يلزم الزائد بالشك ويجب الاقل ، وهذا تفريع على أصل الحنفية فى الاستثناء من أن الحكم انما يثبتللباقى بعد المستثنى .. ومن ثم حكموا بشغل الذمة بما يتيقن ثبوته فقط .

وفى رواية أخرى يطرح أقل العددين المردد بينهما بحرف الشك والباقى هو الواجب فيلزمه فى هذا المثال تسعمائة وخمسون درهما لان الالف قد ثبتت جميعها فى الذمة بمقتضى صدر الكلام ، والتردد وقع فى القدر المخرج فيحكم باخراج المتيقن به وهو الاقل وهذا يوافق أصل الشافعية فى الاستثناء من أنه اخراج للمستثنى من حكم المستثنى منه بطريق المعارضة . وقد ورد التصريح بتصحيح كل من الروايتين .

الاستثناء بالمشيئة :

جاء فى الهداية وشرح العناية فى باب الاستثناء من كتاب الاقرار .. ومن أقر بحق وقال أن شاء الله متصلا بأقراره بأن قال : لفلان على مائة درهم أن شاء الله لم يلزمه الاقرار لان الاستثناء بمشيئة الله أما ابطال كما هو مذهب أبى يوسف أو هو تعليق كما هو مذهب محمد . وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا قدم المشيئة أى قدم الشرط على الجزاء ولم يأت بالفاء التى تربط بينهما بأن قال : ان شاء الله أنت طالق ، فعند أبى يوسف لا يقع الطلاق لانه أبطال وعند محمد يقع لانه تعليق وفى التعليق اذا قدم الشرط ولم يذكر حرف الجزاء الرابط بينهما لم يتعلق وبقى الطلاق من غير شرط فيكون تنجيز ويقع الطلاق .. وكيفما كان لم يلزمه الاقرار لانه أن كان الاو لوهو الابطال فقد بطل الاقرار ، وأن كان الثانى وهو التعليق فكذلك أما لان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط لانه أخبار عما سبق والتعليق أنما يكون بالنسبة للمستقبل وبينهما منافاة وأما لانه فى صورة الاستثناء بالمشيئة التعليق فيها على شرط لا يوقف عليه والتعليق به غير صحيح .

وفى تكملة فتح القدير للعلامة قاضى زادة تعليقا على قول صاحب الهداية — لان الاستثناء بمشيئة الله أما ابطال كما هو مذهب أبى يوسف أو تعليق كما هو مذهب محمد — كذا ذكره الامام قاضيخان فى طلاق الجامع الكبير واختاره البعض، وقيل الاختلاف على العكس أى أن الاستثناء بالمشيئة تعليق عند أبى يوسف وأبطال عند محمد كما ذكر فى الفتاوى الصغرى والتتمة واختاره بعض آخر.. ثم أشار الى المسألة التى تظهر فيها ثمرة الخلاف وهى ما اذا قدم الشرط

على الجزاء ولم تذكر الفاء • وقال : وكيفما كان لم يلزمه الاقرار معللا بما سبق ذكره عن الهداية وزاد قوله • ولانه اخبار متردد بين الصدق والكذب فأن كان صدقا لا يصير كذبا بفوات الشرط وأن كان كذبا لا يصير صدقا بوجود الشرط ، فلغا تعليقه بالشرط ، وأما لانه شرط لا يوقف عليه فان وقوع مشيئة الله تعالى مما لا يكاد يطلع عليه أحد والتعليق بما لا يوقف عليه غير صحيح لانه يكون أعداما من الاصل ولو قال : لفلان على ألف ان شاء فلان فقال فلان : هذا قد شئت فهذا اقرار باطل لانه علقه بشرط فى وجوده خطر والاقرار لا يحتمل التعليق بالخطر لان التعليق بما فيه خطر يمين والاقرار لا يحلف به •

وقد نقل صاحب التكملة عن المبسوط من كتاب الاقرار أنه قال: لو قال : غصبتك هذا العبد أمس أن شاء الله لم يلزمه شىء استحسانا وفى القياس استثناؤه باطل لان ذكر الاستثناء بمنزلة ذكر الشرط وذلك انما يصح فى الانشاء دون الاخبار • ولكن استحسن لان الاستثناء مخرج للكلام عن أن يكون عزيمة لا أن يكون فى معنى الشرط فان الله تعالى أخبر عن موسى عليه السلام حيث قال : (وستجدنى أن شاء الله صابرا ولا أعصى لك أمرا) ولم يصبر ولم يعاقب على ذلك، والوعد من الانبياء كالعهد من غيرهم فدل على أن الاستثناء مخرج للكلام عن أن يكون عزيمة ، والاقرار لا يكون ملزما ألا بكلام هو عزيمة •• وقال النبى صلى الله عليه وسلم (من استثنى فله ثنياه) •

وفى مجمع الانهر فى باب الاستثناء من كتاب الاقرار •• (ومن وصل باقراره أن شاء الله بطل اقراره لان التعليق بمشيئة الله تعالى أبطال عند محمد فيبطل قبل انعقاده للحكم وتعليق لا يوقف عليه عند أبى يوسف فكان أعداما من الاصل كما فى الدرر وغيره ، ولكن فى العناية خلافه لانه قال : ومن قال لفلان على مائة درهم أن شاء الله لم يلزمه الاقرار لان الاستثناء بمشيئة الله تعالى أما ابطال كما هو مذهب أبى يوسف أو تعليق كما هو مذهب محمد كما قررناه فى الطلاق فتلزم المنافاة الا أن يحمل على اختلاف الروايتين ، وكذا أن علقه بمشيئة من لا تعرف مشيئتهم كالملائكة والجن لأنه لا تعرف مشيئتهم فلا يقع عليه شىء لأن الاصل براءةالذمم فلا يثبت بالشك، وفى البحر وكذا بمشيئة فلان وأن شاء وكذا كل اقرار علق بشرط على خطر ولم يتضمن دعوى أجل •

وفى تنوير الابصار وشرحه الدر المختار فى باب الاستثناء من كتاب الاقرار ولو وصل باقراره أن شاء الله تعالى أو فلان أو علقه بشرط على خطر بطل اقراره •

وعلق ابن عابدين فى حاشيته على قول التنوير بطل اقراره بقوله : على قول أبى يوسف أن التعليق بالمشيئة ابطال،

وقال محمد : تعليق بشرط لا يوقف عليه، والثمرة تظهر فيما اذا قدم المشيئة فقال: أن شاء الله أنت طالق ، عند أبى يوسف لا يقع لانه ابطال ، وعند محمد يقع لانه تعليق فاذا قدم الشرط ولم يذكر الجزاء لم يتعلق وبقى الطلاق من غير شرط .. ولو جرى على لسانه أن شاء الله من غير قصد وكان قصده أيقاع الطلاق لا يقع لان الاستثناء موجود حقيقة والكلام معه لا يكون ايقاعا .

ثانيا : بالنسبة للاقرار :

أما بالنسبة للاقرار فأن ربط الاقرار بالمشيئة يبطل الاقرار بالاتفاق سواء قيل أنه ابطال أو تعليق ولم يفرقوا هنا بين ما اذا تقدم الشرط على الجزاء أو تأخر عنه ، وبين ذكر الفاء فى الجواب وعدم ذكرها فيه فى حالة تقدم الشرط وذلك لمعنى فى الاقرار ليس موجودا فى الطلاق ولا فى غيره من التصرفات المنشئة وهو ان الاقرار أخبار عما هو واقع بالفعل فى الزمن السابق والتعليق أنما يكون بالنسبة للمستقبل .. وأيضا الاقرار التزام من المقر بما أقر به للمقر له . والالتزام لا يكون الا بكلام هو عزيمة أى يدل على العزم والتصميم والاستثناء مخرج للكلام عن أن يكون عزيمة على ما ذكره صاحب المبسوط فى الاقرار ونقله عنه صاحب تكملة الفتح كما أشرنا اليه[1] .

تعدد الاستثناء :

ويصح تكرار الاستثناء كأن يقول : لفلان على عشرة دراهم ألا سبعة ألا خمسة ألا ثلاثة ألا درهما ، وطريقة معرفة الباقى الاخير الحاصل من مجموع التركيب فى عبارة الاقرار والذى يلزم به المقر — أن نطرح الاخير وهو الدرهم مما قبله وهو الثلاثة فيبقى درهمان نطرحهما مما قبل وهو الخمسة فيبقى ثلاثة نطرحهما مما قبل وهو السبعة فيبقى أربعة نطرحهما من العشرة فيبقى ستة وهو الباقى الاخير الذى يلزم به المقر .

وهناك طريقة أخرى وهى أن نطرح مجموع الاعداد التى مراتبها زوجية وهى الثانى والرابع والسادس وهكذا من مجموع الاعداد التى مراتبها فردية وهى الاول والثالث والخامس وهكذا وباقى الطرح هو الباقى الاخير المقر به ..

ففى المثال المذكور يقال (١٠ + ٥ + ١) — (٧ + ٣) = ١٦ — ١٠ = ٦ وهو الباقى المقر به .

(١) يراجع فيما ذكر فى أحكام الاستثناء فى فى الاقرار باب الاستثناء وما فى معناه من كتاب الاقرار فى ابن عابدين جـ ٤ ص ٧٠٣ ، ٧٠٧ طبع المطبعة الاميرية وفى الهداية وتكملة الفتح جـ ٦ ص ٣٠٩ وما بعدها الطبعة السابقة وفى مجمع الانهر جـ ٢ ص ٢٩٦ وما بعدها الطبعة السابقة.

وهذا اذا تكرر الاستثناء بدون واو أى بدون حرف عطف بينهما كما فى الامثلة التى ذكرت . فان كانت بالواو أى بحرف عطف بينهما كان الكل اسقاطا من الصدر أى المستثنى منه الاول فلو قال : لفلان على عشرة دراهم الا خمسة وألا ثلاثة وألا درهما اسقطنا مجموع الاستثناءات وهو تسعة من الصدر المستثنى منه الاول وهو عشرة ويكون الباقي واحدا هو المقر به[١] .

مذهب المالكية :

يعرف المالكية الاستثناء بأنه اخراج لما دخل فى الكلام أولا بألا أو احدى أخواتها ، وهو عندهم من مخصصات العام كالشافعية ومثله الشرط والصفة والغاية وبدل البعض [٢] .

ويجرى الاستثناء عندهم فى الاقرار والطلاق والعتق واليمين بالله والنذر .

شروط صحة الاستثناء :

ويشترط فى صحة الاستثناء أن يكون متصلا بالمستثنى منه ولا يضر الفصل بأمر عارض كسعال وعطاس ، وأن يكون غير مستغرق للمستثنى منه ولا مساويا له ، فاستثناء الزائد نحو لك على عشرة ألا اثنى عشر والمساوى نحو لك على عشرة ألا عشرة ، باطل .. ويجوز استثناء أكثر المستثنى منه وأبقاء أقله نحو له على عشرة ألا تسعة خلافا لعبدالملك .. وأن ينطق المقر بالاستثناء بحيث يسمع نفسه على الاقل ، وهذا فى الاستثناء فى الاقرار لان الحق فيه للمخلوق . أما الاستثناء فى غير الاقرار فيكفى النطق به ولو سرا بحركة لسانه دون أن يسمع أحدا ولو نفسه وأن يقصد الاستثناء أى اخراج المستثنى من المستثنى منه فلو جرى الاستثناء على لسانه من غير أن يقصد الاخراج فلا يعول عليه .

ولا يشترط فى صحة الاستثناء اتحاد الجنس بين المستثنى والمستثنى منه بل يجوز الاستثناء مع اتحاد الجنس كاستثناء الدراهم والدنانير والمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة والمتفاوتة والاعيان من جنسها الدراهم من الدراهم والدنانير من الدنانير وهكذا ، ومع اختلاف الجنس كاستثناء الثوب والعبد من الدراهم والدنانير وبالعكس واستثناء الثياب من العبيد وبالعكس .. فلو قال له على ألف درهم ألا عبدا أو ألا ثوبا صح وسقطت من الالف قيمة العبد أو الثوب ولزمه ما بقى وتعتبر القيمة يوم الاستثناء ويقال للمقر اذكر صفة العبد أو الثوب فاذا ذكرها تقوم على الصفة التى ذكرها وطرحت قيمته من الالف وما بقي يكون هو المقر به الذى يلزم المقر . وأن استغرقت قيمة العبد أو الثوب بعد تقديرها الالف المستثنى منها بطل الاستثناء وصح الاقرار ، ولزمت المقر الالف بتمامها .. وان لم

---

(١) راجع الدر المختار وشرح تنوير الابصار وحاشية ابن عابدين عليه حـ ٢ ص ٥٢٨ ومابعدها الطبعة السابقة .

(٢) شرح منح الجليل جـ ١ ص ٦٣١ الطبعة السابقة .

يبين المقر صفة العبد أو الثوب وادعى جهلها تسقط قيمة عبد من أعلى العبيد أو ثوب من أعلى الثياب من الالف ويلزم المقر الباقى لان المقر أنما يؤخذ بالمحقق وهو الاقل . وهذا فى المثال المذكور ، أما لو قال : له عندى عبد ألا عشرة دنانير طرحت العشرة من قيمة العبد ، والباقى هو المقر به وتقدر قيمة العبد على أساس الصفة التى يبينها المقر ، فأن ادعى جلهها تقدر قيمة عبد من أدنى العبيد وتسقط منها العشرة الدنانير المستثناه والباقى هو المقر به ، أخذا بالقاعدة المذكورة من أنه لا يلزم المقر الا بما هو محقق وهو الاقل .

ولو قال له عندى عبد ألا ثوبا أو عكسه صح وطرحت قيمة المستثنى من قيمة المستثنى منه بعد تقدير القيمتين على أساس المذكور ولو قال : له عندى ألف درهم ألا عشرة دنانير صح وطرح صرف الدنانير من الدراهم ولزمه ما بقى .

ويصح الاستثناء المعنوى وهو ما أخرج بعض ما تتناوله صدر الكلام دون ذكر أداة الاستثناء وصيغته كقوله : له الدار والبيت لى فأنه فى قوة قوله ، له جميع الدار ألا البيت ، وهذا على ما جرى به العرف اذ ذاك من أن الدار أوسع من البيت وأنه قد يشتمل على عدة بيوت فان تعددت بيوتها ولم يعين البيت الذى له بأن قال : هذه الدار لفلان ولى بيت من بيوتها فأنه يؤمر بتعيينه فأن امتنع عن التعيين مع معرفته حبس حتى يعين أو يموت . وان لم يعرفه وقال لا أدرى قيل للمقر له عين أنت فأن عين المقر أدنى البيوت أخذه بلا يمين ، وأن عين أجودها حلف للتهمة وأخذه وأن قال للمقر له لا أدرى حلفا معا على نفى العلم ويبدأ المقر بالحلف ، واشتركا فى البيوت بنسبة استحقاقهما [1] .

الاستثناء بالمشيئة :

وأن وصل عبارة الاقرار وصيغته بقوله :أن شاء الله أو أن قضى الله لزمه المقر به ، خلافا لابن المواز وابن عبد الحكم فأنهما قالا لا يلزمه شىء فى ذلك ، لانه لما ربط الاقرار بمشيئة الله تعالى أو قضائه فقد أدخل الشك فى الالتزام اذ لا يمكن معرفة المشيئة ولا القضاء ولا الوقوف عليهما ، ولا الزام مع الشك . والوجه فيما أخذ به المذهب أنه لما أقر علمنا أن الله تعالى قد شاء أو قضى بالالزام فلم يبق شك ، ولان الاستثناء بالمشيئة لا يعتبر فى غير اليمين بالله .. أما لو ربط الاقرار بمشيئة انسان بأن قال : له عندى مائة ان شاء فلان فلا يلزمه شىء ولو قال فلان هذا قد شئت ذلك لانه علقه على خطر أى على أمر دائر بين التحقق وعدمه لانه حين قال ذلك كان مجوزا أن يشاء فلان وأن لا يشاء .. وقد يقول ظننت أنه لا يشاء [2] .

---

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى جـ ٣ ص ٤٧٤ وما بعدها الطبعة السابقة .

(٢) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه جـ ٣ ص ٤٦٤ الطبعة السابقة وما بعدها وتبصرة الحكام لابن فرحون جـ ٢ ص ٥٧ الطبعة السابقة

تعدد الاستثناء :

ويصح تعدد الاستثناء نحو أن يقول: له على عشرة دراهم الا أربعة الا اثنين الا واحدا . وطريقة معرفة الباقي الاخير الذى يلزم به المقر أن يستثنى كل واحد مما قبله ابتداء من الاستثناء الاخير ، ليستثنى الواحد مما قبله وهو الاثنان فيبقى واحد يستثنى مما قبله وهو الاربعة فيبقى ثلاثة تستثنى مما قبلها وهو العشرة فيبقى سبعة وهى المقر بها [1] .

مذهب الشافعية :

فى فصل الاستثناء من كتاب الطلاق فى حاشية البجرمى على المنهج من كتب الشافعية أن الاستثناء هو الاخراج بألا أو احدى أخواتها أو أخرج أو أحط تحقيقا أو تقديرا كالاستثناء المنقطع .. وهو مأخوذ من الثنى وهو الصرف لصرف المستثنى عن حكم المستثنى منه .

وفى التحفة شرح المنهاج لابن حجر أن الاستثناء هو اخراج ما لولاه لدخل فى الكلام السابق بنحو ألا – كأستثنى أو أحط من الثنى أى الرجوع لانه رجوع عما اقتضاه لفظه [2] .

والاستثناء عند الشافعية من الاثبات نفى ومن النفى اثبات كما هو مبين ومبسوط فى كتب الاصول فلو قال : لفلان على ثلاثة دراهم الا اثنين الا واحدا لزمه درهمان لانه أخبر بثبوت ثلاثة دراهم فى ذمته للمقر له واستثنى من هذا الاثبات درهمين فنفى لزومهما ثم استثنى من هذا النفى درهما . فأثبته فيكون قد استثنى درهما واحدا من الثلاثة التى أقر بها فيلزمه درهمان والاستثناء المبهم باطل فى العقود فلو قال : بعتك الصبرة ألا صاعا ولا يعلم صيعانها ، أو بعتك الجارية ألا حملها يكون البيع باطلا ، أما فى الاقارير والطلاق فأنه صحيح ويلزمه البيان ، فلو قال : له على مائة درهم ألا شيئا ، أو نسائى طوالق ألا واحدة منهن صح الاستثناء فيهما ويلزمه بيان المستثنى كما سيأتى ايضاحه [3] .

شروط صحة الاستثناء :

يشترط لصحة الاستثناء ما يأتى :

(١) أن يكون المستثنى متصلا بالمستثنى منه عرفا بحيث يعد كلاما واحدا بحسب العرف . فلا يضر الفاصل اليسير كسكتة تنفس وعى أى تعب وعجز عن الكلام وعروض سعال وانقطاع صوت وسكوت للتذكر وكذا لا يضر الفصل بماله به علاقة كقوله فى الطلاق : أنت طالق يا زانية ، أن شاء الله فانهم لم يعتبروا

---

(١) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ ٣ ص ٤٧٥ الطبعة السابقة .

(٢) حواشى تحفة المحتاج جـ ٥ ص ٢٩٦ الطبعة السابقة .

والبجرمى على المنهج حـ ٤ ص ١٧ الطبعة السابقة .

(٣) الاشباه والنظائر للسيوطى ص ٤٥٢ وما بعدها .

قوله يا زانية فاصلا لانه متعلق بالكلام وكأنه لبيان عذره فى الطلاق ويضر الفصل بكلام أجنبى ولو يسيرا كالحمد لله ، واستغفر الله ، والصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم ، وكذا السكوت الطويل من غير عذر .. واختلف فى الفصل بالنداء نحو : لك على مائة درهم يا فلان الا عشرين والصحيح أنه لا يضر كما قال الكافى لانه لاستدراك ما سبق وبه أفتى الرملى والمغنى والزيادى .

٢ ـ أن ينوى الاستثناء ويقصد اخراج المستثنى من المستثنى منه قبل فراغ الاقرار بحيث تقترن النية بكل عبارة الاقرار أو بأولها أو بآخرها أو اثنائها ـ أما اذا كانت بعد الفراغ منها فلا يصح الاستثناء اجماعا . وذلك لان الاستثناء رفع لبعض ما شمله اللفظ كما فى قوله : له على عشرة ألا ثلاثة أو لكل ما شمله اللفظ نحو له على عشرة أن شاء الله فيحتاج الى قصد هذا الرفع ونيته . وهذا اذا أخر الاستثناء بعد عبارة الاقرار وعقبها به كما فى الامثلة المذكورة كما هو المعتاد ، فأن قدم الاستثناء نحوله على ألا ثلاثة عشرة دراهم أو أنت الا واحدة طالق ثلاثا فأن النية ينبغى أن تكون قبل التلفظ به .. أو يقصد حال الاتيان بالاستثناء أخراجه مما بعده ليرتبط به .

٣ ـ أن يتلفظ به حيث يسمع نفسه مع اعتدال سمعه وعدم وجود عارض يحول دون السماع وألا لم يقبل فى الظاهر ويدين فيما بينه وبين الله تعالى وهكذا يجرى التعبير عن هذا الشرط فى أكثر الكتب دون فرق بين الاستثناء والتعليق بالمشيئة أو بغيرها من الشروط .. ولكن فى الانوار أن اسماع المقر نفسه بالوضع المشار اليه شرط فى التعليق على غير المشيئة من الشروط ـ أما التعليق على المشيئة والاستثناء فأن الشرط فيهما أن يسمع غيره ورتب على ذلك قبول قول هذا المقر وعدم قبوله فى تحقق الاستثناء عند الانكار كما اذا اختلف الزوجان فى الاستثناء فى الطلاق .

فقد نقل الشروانى فى حاشيته على شرح المنهاج مايأتى (١) :

قال فى الانوار : الخامس من شروط الاستثناء أن يسمع غيره والا فالقول قولها فى نفيه وحكم بالوقوع اذا حلفت ولو قال : أنت طالق ان شاء الله أو أن لم يشأ الله لم يقع الطلاق ولكن بشروط منها أن يسمعه غيره وألا فلا يصدق وحكم بوقوعه اذا حلفت ، ثم قال : وللتعليق شروط ثالثها أن يذكر الشرط بلسانه فأن نوى بقلبه لم يقبل فى الظاهر وحكم بالطلاق ولا يشترط أن يسمعه غيره .. فلو قال : أنت طالق أن كلمت زيدا وأنكرت الشرط صدق بيمينه .. ففرق بين التعليق بغير المشيئة كدخول الدار وكلام فلان وبين الاستثناء والتعليق بالمشيئة . والفرق أن التعليق بغير المشيئة

---

(١) جـ ٨ ص ٦٣ الطبعة السابقة .

ليس رافعا للحكم بل مخصص له بخلاف التعليق بالمشيئة والاستثناء فأن ما ادعاه فيهما رافع للحكم من أصله .

ونقل الشروانى أيضا عن (الشبراملسى) أن معنى قولهم لم يقبل أى ظاهرا ويدين .. ومثل الاستثناء فى هذا الشرط وهو اسماع غيره التعليق بالمشيئة بخلاف التعليق بصفة أخرى ، حتى لو قال : قلت أن دخلت فأنكرت صدق بيمينه . انتهى ثم قال وهذه كلها مخالفة لما فى المغنى ، فأن عبارته ويشترط أيضا فى التلفظ بالاستثناء اسماع نفسه عند اعتدال سمعه فلا يكفى أن ينويه بقلبه ولا أن يتلفظ به من غير أن يسمع نفسه فأن ذلك لا يؤثر ظاهرا قطعا ولا يدين على المشهور . انتهى ما نقله الشروانى .

وظاهر مما ذكر أن الامر موضع خلاف — ومما يذكر أن شروط صحة الاستثناء واحدة بالنسبة للطلاق والاقرار كما صرح بذلك [١] .

٤ — أن يعرف المقر معنى الاستثناء و « لو بوجه » وعلق الشروانى علىعبارة هذا الشرط بكلام جاء فيه : ويحتمل أن يكون المراد أن يعرف أن الاستثناء و « ما ألحق به » القصد منه التعليق أو التخصيص المطلق لا خصوص معانيه التفصيلية المبينة فى الفنون الادبية وأكثر العوام يفهمون هذا المجمل . فلو فرض

(١) شرح منهج الطلاب وحاشية البجرمي عليه ج ١ ص ١٧ الطبعة السابقة .

أن شخصا لقن هذا اللفظ ثم استفسر عن معناه فلم يفصح عنه بوجه لم نرتب عليه حكمه .

٥ — أن لا يستغرق المستثنى المستثنى منه ولو بحسب المعنى كما فى الاستثناء من غير الجنس اذا فسر المقر المستثنى بمستغرق للمستثنى منه حيث يلغو الاستثناء ويبطل فان استغرق المستثنى المستثنى منه نحوله عشرة دراهم ألا عشرة أو أنت طالق ثلاثا ألا ثلاثا بطل الاستثناء اجماعا ، ووجبت العشرة كلها ووقع الطلاق الثلاث ، وهذا فى غير الوصية أما فى الوصية كقوله أوصيت لفلان بمائة درهم ألا مائة فأن الاستثناء يصح ولو مستغرقا ويكون رجوعا عن الوصية لان الرجوع عن الوصية جائز ، أما الاقارير والطلاق فأن الرجوع فيهما غير جائز ومن ثم يفسد الاستثناء اذا استغرق وانما يفسد الاستثناء المستغرق اذا اقتصر المقر على الاستثناء المستغرق كما فى الامثلة المذكورة ، أما اذا كرر الاستثناء على وجه لو طبقت عليه قاعدة الاثبات والنفى يزول الاستغراق فلا يبطل الاستثناء حينئذ فلو قال : له على عشرة ألا عشرة ألا أربعة يصح الاستثناء ويلزمه أربعة لانه استثنى من العشرة الاولى عشرة ألا أربعة أى ستة فيكون الباقى أربعة هى التى تلزم ، لان الاستثناء من الاثبات نفى وبالعكس فباستثناء العشرة من العشرة نفي الالتزام بشيء وباستثناء أربعة من

هـذا النفي أثبت الاربعـة فلزمتـه ، وفى قوله : له على عشرة ألا تسـعة ألا ثمانيـة يلزمه تسـعة لانه باسـتثناء التسـعة من العشرة المثبتـة نفى الالتزام بتسـعة منهـا وبقى ملتزما بواحـد وباسـتثناء الثمانيـة من النفى أثبت ثمانيـة تضاف الى الواحـد البـاقى يكون المثبت تسـعة ... ولو كرر الاسـتثناء فى هـذا المثال فقـال : له على عشرة ألا تسـعة ألا ثمانيـة ألا سـبعة وهكذا الى نهاية الاعداد نزولا كان الواجب خمسـة على الاسـاس المذكور — وكـذا على طريقة رجـوع كل اسـتثناء الى ما قبله وطرحه منـه على مثـال ما سـبق بيـانه اذا تعـدد الاسـتثناء فى المذاهب الاخـرى التى سبق الكـلام عليها .

وهـذا كله اذا تكرر الاسـتثناء بدون عطف ، أمـا اذا تكرر مع العطف كقـوله : له على عشرة ألا خمسـة وثـلاثة ، أو ألا خمسـة وألا ثلاثـة أسـقط مجمـوع الاستثناءات كلهـا من المستثنى منـه الاول فيلـزم فى المثال المذكور اثنـان .. فان كانت الاسـتثناءات بحيث لو جمعت اسـتغرقت المستثنى منـه يبطل منهـا ما حصـل بـه الاسـتغراق ويصـح ما قبله .. فلو قال : له على عشرة ألا سبعة وألا ثلاثـة لغـا الاسـتثناء الثـانى وهو الثلاثة وصـح ما قبلـه ولزمه ثلاثـة ولا يجمـع مفرق بالعطف فى المسـتثنى منه ولا فى المستثنى ولا فيهمـا معا لدفع الاستغراق اذا وجـد ولا لتحصيله اذا لم يوجـد .. فلو قال : له على درهـم ودرهم ودرهم الا درهما يكون الدرهم المستثنى مستثنى ممـا قبله وهو الدرهم الاخـير فى المسـتثنى منه فيكون اسـتثناء درهـم من درهم وهو مسـتغرق فلا تجمـع الدراهم المتعاطفة فى المسـتثنى منه ليصير المسـتثنى منـه ثلاثة وبذلك ينـدفع الاسـتغراق بل يبقى الامر كمـا هو ، ويكون اسـتثناء درهم من درهم ويلغو للاسـتغراق ويبقى الاقرار بدرهم ودرهم ودرهم صحيحا ويلزمه ثلاثة دراهم ويعتبر هذا استثناء من القاعدة المقررة وهى أن الاستثناء بعد معطـوفات يرجـع الى جميعها لا الى الاخير منها فقـط .

وفى قـوله : له على ثلاثـة دراهـم ألا درهمين ودرهمـا — لو جمـع المعطـوف والمعطوف عليه فى المسـتثنى كان المجمـوع ثلاثة ويكون الاستثناء مسـتغرقا ويبطـل بالتـالى ومن ثم لا يجمـع ويعتبر اسـتثناء درهمين من ثلاثة ويلزمه درهـم واحـد .

الاسـتثناء من خـلاف الجنس :

ولا يشـترط فى صـحة الاسـتثناء عند الشـافعية اتحـاد الجنس بين المسـتثنى والمسـتثنى منه بل يصـح مع اتحـاد الجنس كما هـو ظاهر وكما فى الامثلـة العـديدة المتقـدمة ويصح مع اختـلاف الجنس نحوله على ألف درهم ألا ثوبا أو ألا عبدا أو ألا — دينـارا أو ألا أردبـا من القمـح أو ألا رطـلا من السـمن مثلا وذلك لورود هـذا الاسـتثناء لغـة وشرعا قال الله تعـالى : « لا يسـمعون فيهـا لغـوا الا سـلاما » استثنى السـلام من اللغـو وهما جنسـان مختلفان وعلى المقـر فى نحـوله على ألف

درهم الا ثوبا أن يبين الثوب المستثنى بثوب قيمته دون ألف درهم حتى يصح الاستثناء ويلزمه الباقى بعد أسقاط قيمة الثوب من الالف فأن بين بثوب قيمته ألف درهم بطل الاستثناء لانه لما بين الثوب بالالف صار كأنه تلفظ به وهو مستغرق والاستثناء المستغرق باطل اجماعا •

الجهالة فى الاستثناء :

اذا وقعت جهالة أو اجمال فى الاستثناء سواء فى المستثنى نحوله على ألف درهم ألا شيئا أو فى المستثنى منه نحوله على ألف ألا درهما أو له على مال ألا ثوبا أو ألا عبدا أو فيهما معا نحوله على مال ألا مالا أو شيء الا شيئا — فلا يعتبر الاستثناء باطلا بل يصح وعلى المقر البيان بما يرفع الجهالة ويفسر الاجمال ويلزم بهذا البيان الزاما لتعلق حق الغير به — فأن فسر المستثنى بأقل من المستثنى منه ان كان المستثنى منه واضحا أو بأقل مما فسره به أن كانا مجملين صح الاستثناء ويطرح المستثنى أو قيمته من المستثنى منه أو قيمته والباقى يكون هو المقر به الذى يلزمه شرعا ؛ وأن فسر الثانى بأكثر من الاول أو بما يساويه أو كان فى الواقع أكثر منه أو مساويا له — لغا الاستثناء وبطل لانه يكون مستغرقا حينئذ والمستغرق باطل كما تقدم • ولو قال هؤلاء العبيد لفلان الا واحدا صح الاستثناء وعليه البيان لتعلق حق الغير به — فان مات مجهلا خلفه وارثه فى البيان ، فأن مات العبيد الا واحدا وقال المقر أنه الذى عناه بالاستثناء صدق بيمينه اذا كذبه المقر له وحلف اليمين على الصحيح •• ولو قتل العبيد قتلا موجبا للضمان ألا واحدا ، وقال أنه الذى عناه بالاستثناء قبل تفسيره لبقاء أثر الاقرار وهو القيمة •• ورتبوا على ذلك أنه لو قال : غصبت هؤلاء العبيد ألا واحدا وماتوا جميعا ألا واحدا قال أنه الذى عناه بالاستثناء يصدق لبقاء أثر اقرار هنا بالضمان كما فى صورة القتل •

ويصح الاستثناء من العين نحو هذه الدار لفلان الا هذا البيت وهذه الدراهم له الا هذا الدرهم وهذا الثوب له الا كمه وقيل لا يصح هذا الاستثناء لان الاقرار بالعين يتضمن ملك جميعها للمقر له فأذا استثنى بعضا منها يكون رجوعا بخلاف الدين فأن الاستثناء فيه لا يعتبر رجوعا بالنسبة للمستثنى اذ هو فيه عبارة عن الباقى ونوقش بأن هذا تحكم والمعنى فيهما واحد ومن ثم وصف هذا القول بالشذوذ •

الاستثناء بالمشيئة :

اذا عقب الشخص اقراره بالمشيئة كأن يقول : له على ألف ان شاء الله أو الا ان يشاء الله ، او بعدم المشيئة كأن يقول ان لم يشأ الله — يكون قد ربط اقراره بالمشيئة أو بعدمها ويمنع هذا

الربط انعقاد الاقرار ويرفع أثره ولا يلزمه به شيء ، لان المعلق عليه وهو المشيئة أو عدمها غير معلوم ولا يمكن لاحد أن يقف عليه • ولان الثبوت على خلاف المشيئة فى حالة التعليق بعدمها محال • ويستوى فى رفع الاقرار المعلق على المشيئة وعدم انعقاده أن يتأخر الشرط كما فى الامثلة المذكورة أو يتقدم الشرط على جملة الاقرار نحو أن يقول : أن شاء الله لك عندى ألف درهم •

وسمى الربط بالمشيئة استثناء لصرفه الكلام عن الجزم والثبوت حالا من حيث التعليق بمالا يعرف ، ومثل أن من أدوات الشرط غيرها كمتى ومثل التعليق بمشيئة الله تعالى التعليق بمشيئة الملائكة ، فلو قال : له عندى ألف أن شاء جبريل أو ميكائيل لم يلزمه شيء •

ويشترط فى الاستثناء بالمشيئة ما يشترط فى الاستثناء العام الا عدم الاستغراق فلا بد أن ينوى المشيئة قبل التلفظ بها ويقصد التعليق والربط عند التلفظ بها • وأن ينوى الاتيان بها قبل الفراغ من الاقرار مقارنا للعبارة كلها أو بعضها ، وأن لا يفصل بأكثر من سكتة التنفس ، وأن يقصد بذكر المشيئة التعليق بها ، فلو سبق ذكرها الى لسانه لتعوده ذكرها أو قصد بذكرها التبرك أو بيان ان كل شيء بمشيئة الله تعالى أو لم يعلم هل قصد التعليق أو لا أو أطلق ، ولم يقصد التعليق فى كل هذه الصور فأن ذكر المشيئة لا يرفع الثبوت ولا يبطل أثر الاقرار •

تعدد الاستثناء :

اذا تعددت الاستثناءات ينظر فأن كانت متعاطفة نحو ، لزيد على عشرة الا أربعة والا ثلاثة ، أو الا أربعة وثلاثة جمعت هذه الاستثناءات وطرح مجموعها من المستثنى منه الاول والباقى يكون هو المقر به ، فيلزمه فى المثال المذكور ثلاثة دراهم ألا اذا استغرق المجموع المستثنى منه فيلغو من الاستثناءات ما حصل به الاستغراق نحوله على عشرة الا سبعة والا ثلاثة فأن المجموع عشرة وهو مستغرق فتلغو الثلاثة ويكون الباقى بعد الاستثناء الاول ثلاثة •

وكذلك الحكم اذا تعددت الاستثناءات بدون عطف واستغرق الاخير منها السابق عليه بأن ساواه نحوله على عشرة الا اثنين ألا اثنين ، أو زاد عليه نحوله على عشرة الا أربعة الا خمسة حيث تعود كلها الى المستثنى منه الاول ويطرح مجموعها منه والباقى يكون هو المقر به فيلزم ستة فى المثال الاول وواحد فى المثال الثانى •

أما اذا تعددت الاستثناءات بدون عطف ولم يستغرق الاخير منها السابق بأن كان أقل منه نحوله على عشرة الا خمسة الا ثلاثة رجع كل استثناء الى ما قبله وطرح منه لأنه أقرب اليه ولا تعود

كلها الى المستثنى منه الاصلى لان الاستثناء الاول يخالف المستثنى منه فى الكيف بناء على أن الاستثناء من الاثبات نفى ومن النفى اثبات ، فيلزمه فى المثال المذكور ثمانية لانه أثبت بالاقرار عشرة ثم نفى بالاستثناء الاول خمسة فتبقى خمسة ثم أثبت باستثناء الثانى ثلاثة تضاف الى الخمسة فيكون قد أثبت ثمانية وتلزمه الثمانية وعلى طريقة عودة كل واحد الى ما قبله يقال نطرح الثلاثة الاخيرة من الخمسة يبقى اثنان نطرح من العشرة يبقى ثمانية هى المقر بها والتى تلزمه .

مذهب الحنابلة :

يعرف الحنابلة الاستثناء بأنه صرف اللفظ بحرف الاستثناء عما كان يقتضيه لولاه ، أو هو : اخراج بعض ما تناوله المستثنى منه .. من ثنيت فلانا عن رأيه اذا صرفته عن رأى كان عازما عليه .. وثنيت عنان دابتى اذا صرفتها عن وجهتها التى كانت تذهب اليها . ويقولون ان الاستثناء فى الاقرار لا يصح من غير الجنس لان غير الجنس ليس داخلا فى الكلام ولا يتناوله المستثنى منه فلا يكون استثناؤه صرفا للكلام عن صوبه ولا ثنيا له عن وجه استرساله ، وانما سمى الاستثناء من غير الجنس استثناء تجوزا وهو فى حقيقته استدراك والا فيه بمعنى لكن .. والاستدراك لا يأتى الا بعد الجحد والانكار ولا يأتى بعد الاثبات الا أن تذكر بعده جملة تتصل به وتقطعه عن الاثبات ومن ثم لا يأتى بعد الاقرار لانه اثبات للمقر به فاذا ذكر الاستدراك بعده كان باطلا وان ذكرت بعده جملة كأن يقول : له عندى مائة درهم الا ثوبا لى عليه . فأنه مع الجملة التى ذكرت يفيد معنى آخر لا يتصل بالاقرار ، فيكون فى المثال المذكور مقرا بمائة درهم مدعيا للثوب ، فيقبل اقراره وتبطل دعواه كما لو صرح بذلك بغير أسلوب الاستثناء فتلزمه المائة ويسقط الاستثناء .

واختلف فى استثناء الدراهم من الدنانير وبالعكس نحوله على دينار الا ثلاثة دراهم أو له على ألف درهم الا دينارا — هل يصح أو لا .

فذهب أبو بكر الى أنه لا يصح لانه استثناء من خلاف الجنس وقد بينا وجه عدم الصحة فيه . واختار الخرقى صحته لان قدر أحدهما معلوم من الآخر ويعبر بأحدهما عن الآخر — فان قوما يجعلون تسعة دراهم دينارا . وآخرون يجعلون ثمانية دراهم دينارا . فاذا استثنى أحدهما من الآخر علم أنه أراد التعبير بأحدهما عن الآخر ، فاذا قال : له على دينار الا ثلاثة دراهم فى موضع يعبرون فيه عن الدينار عن تسعة دراهم كان معناه له على تسعة دراهم الا ثلاثة ، ومهما أمكن حمل الكلام على وجه صحيح لم يجز ألغاؤه — وقال أبو الخطاب لا فرق بين العين والورق وغيرهما لاختلاف الجنس

فاذا صح الاستثناء فيهما صح في الثياب وغيرها .. وقد ذكرنا الفرق .. ويمكن الجمع بين الروايتين بحمل رواية الصحة على ما اذا كان أحدهما يعبر به عن الآخر أي يعلم قدره منه ورواية البطلان على ما اذا انتفى ذلك .

ولو ذكر نوعا من جنس واستثنى منه نوعا آخر من ذلك الجنس نحو أن يقول : لفلان عندى عشرة أرادب قمحا هنديا الا ثلاثة أرادب قمحا أمريكيا لم يجز للاختلاف الكبير ، وهو يخالف العين والورق لان قيمة أحد النوعين لا تعلم من الآخر ولا يعبر بأحدهما عن الآخر ، ويحتمل على قول الخرقي جوازه لتقارب المقاصد من النوعين فهما كالعين والورق .. والاول أصح لان العلة الصحيحة في العين والورق غير ذلك .

أما الاستثناء من الجنس فأنه صحيح وجائز بلا خلاف ، ويكون اخراجا لبعض ما كان يدخل في المستثنى منه ويتناوله لفظه واقرارا بالباقي بعد الاستثناء لان الاستثناء يمنع أن يدخل في اللفظ ما لولاه لدخل اذ لو دخل بالفعل لما أمكن اخراجه فاذا قال : له على مائة درهم الا عشرة كان اقرارا بتسعين درهما وان قال : هذه الدار لفلان الا هذا البيت صح وكان اقرارا بما سوى البيت منها سواء كان البيت أكثر من نصف الدار أو أقل .

وحكم الاستثناء بسائر أدواته حكم الاستثناء بالا ، فاذا قال : له على عشرة دراهم سوى درهم أو ليس درهما أو خلا درهما أو ما خلا أو ما عدا درهما أو لا يكون درهما أو غير درهم بنصب غير — صح في ذلك كله وكان مقرا بتسعة دراهم ، وان رفع (غير) فان كان من أهل العربية لا يكون استثناء اذ تكون حينئذ صفة لعشرة ويكون مقرا بعشرة وأن لم يكن من أهل العربية لزمته تسعة لان الظاهر أنه انما يريد الاستثناء لكنه رفعها جهلا منه بالعربية لا قصدا للصفة .

شروط الاستثناء :

ويشترط لصحة الاستثناء عند الحنابلة أن يكون متصلا بالكلام قبله ، فأن سكت سكوتا يمكنه الكلام فيه أو فصل بين المستثنى والمستثنى منه بكلام أجنبى لم يصح الاستثناء لانه اذا سكت أو عدل عن اقراره الى شيء آخر استقر حكم ما أقر به فلا يمكن رفعه بعد ذلك بالاستثناء بخلاف ما اذا كان مستمرا في كلامه لم ينقطع ولم يعدل عنه فأنه لا يثبت حكمه وينتظر ما يتم به كلامه فاذا ذكر الاستثناء في هذه الحالة تعلق حكمه بالكلام .

وأن لا يكون مستغرقا للمستثنى منه وهذا متفق عليه لان الاستثناء رفع بعض ما تناوله اللفظ واستثناء الكل رفع للكل فلو صح صار الكلام لغوا غير مفيد فأن قال : له على مائة درهم الا مائة بطل الاستثناء ولزمته المائة المقر بها ... وأن قال : له على درهم

ودرهم ألا درهما أو ثلاثة دراهم ودرهمان ألا درهمين ، أو ثلاثة ونصف ألا نصفا لم يصح الاستثناء ولزمه جميع ما أقر به قبل الاستثناء ، لان الاستثناء راجع الى ما قبله وهو مساو فيكون مستغرقا فيبطل • وفيه وجه آخر أنه يصح لان الواو العاطفة تجمع بين العددين وتجعل الجملتين كالجملة الواحدة ، ومن أصل الحنابلة أن الاستثناء اذا تعقب جملا معطوفا بعضها على بعض بالواو عاد الى جميعها كما قالوا فى قول الله تعالى « ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا » أن الاستثناء عائد الى الجملتين فاذا تاب القاذف قبلت شهادته واذا رجع الاستثناء الى الكل فى الأمثلة المذكورة كان استثناء الاقل وليس استثناء الاكثر ولا المستغرق فيصح •• والوجه الاول أولى لان الواو لم تخرج الكلام عن أن يكون جملتين والاستثناء يرفع أحداهما ولا نظير لهذا فى كلامهم ، ولان صحة الاستثناء تجعل احدى الجملتين مع الاستثناء لغوا لانه أثبت شيئا بلفظ مفرد ثم رفعه كله فلا يصح كما لو استثنى منها وهى غير معطوفة على بعضها •• أما الآية فليست من هذا القبيل لان الاستثناء فيها لم يرفع احدى الجملتين وأنما أخرج من الجملتين معا من اتصف بصفة فنظيره ما لو قيل للبواب : من جاء يستأذن فأذن له واعطه درهما الا فلانا ، ونظير مسألتنا ما لو قال : أكرم زيدا وعمر الا عمرا وأن قال : له على درهمان وثلاثة ألا درهمين قيل يصح لان الاستثناء يعود الى الكل فيكون استثناء الاقل وهو صحيح وقيل لا يصح لانه يعود الى الجملة الثانية اذ هى أقرب فيكون استثناء الاكثر لانه أكثر من النصف وهو باطل عند الحنابلة وذكر وجه آخر فى تعليل عدم الصحة وهو أن الاستثناء يرجع الى الجملة الاولى للمساواة كما فى قوله : أكرم زيدا وعمرا ألا زيدا وهو مستغرق فيكون باطلا •

وكذلك يشترط لصحة الاستثناء عند الحنابلة أن لا يستثنى الاكثر مما يتناوله المستثنى منه وهو ما زاد على النصف ، فأن استثنى الاكثر بطل الاستثناء عندهم خلافا لابى حنيفة ومالك والشافعى وأصحابهم حيث يصح استثناء الاكثر عندهم ، فلو قال : له على مائة درهم ألا تسعين صح الاستثناء عند الائمة الثلاثة ولزمه عشرة وبطل عند الحنابلة ولزمته المائة كلها لانه لم يرد الاستثناء فى لسان العرب الا فى الاقل•، وقد أنكروا استثناء الاكثر فلو قال مائة الا تسعة وتسعين لم يكن متكلما بالعربية وكان عيا فى الكلام ولكنة ، ويقال : صمت الشهر الا يوما ولا يقال صمت الشهر الا تسعة وعشرين يوما ، ويقال : لقيت القوم جميعهم ألا واحدا أو اثنين ، ولا يقال لقيت القوم جميعهم الا أكثرهم •• واذ لم يكن صحيحا فى الكلام لم يرتفع به الاقرار كما فى استثناء الكل وفى استثناء النصف وجهان أحدهما يجوز

وهو ظاهر كلام الخرقي لتخصيصه الابطال بما زاد على النصف لانه ليس بأكثر فجاز كالاقل ، والثاني لا يجوز وذكره أبو بكر لانه لم يرد في كلامهم ألا القليل من الكثير والنصف ليس بقليل .. فلو قال : له على عشرة الا خمسة ألا ثلاثة الا درهمين ألا درهما بطل الاستثناء على رأى أبي بكر لانه استثنى النصف وصح على الرأى الآخر لانه اذا استثنى الكل أو الاكثر يبطل الاستثناء ويسقط أن وقف عليه ولم يصله بغيره فان وصله باستثناء آخر لم يبطل ويستعمل لتصفية الكلام وتحديد نتيجته لان الاستثناء مع المستثنى منه عبارة عن الباقى .. واذا صح الاستثناء فيلزمه في المثال المذكور سبعة لانه على قاعدة الاثبات والنفى كما هو الاصل عند الحنابلة ، باستثناء الخمسة يكون قد نفى ثبوت خمسة من العشرة وباستثناء الثلاثة يكون قد أثبتها تضاف الى الخمسة فيصير المثبت ثمانية وباستثناء الاثنين يكون قد نفى ثبوتهما فيبقى الثابت منه وباستثناء الدرهم يكون قد أثبته يضاف الى الستة فيصير الثابت سبعة فتلزم ، وعلى طريقة رجوع كل استثناء الى ما قبله كما هو الشأن عند تعدد الاستثناءات باستثناء الدرهم من الاثنين يبقى واحد يستثنى من الثلاثة يبقى اثنان يطرحان من الخمسة تبقى الثلاثة تستثنى من العشرة يبقى سبعة وهو المقر بها . أما ان قال : له على ثلاثة ألا ثلاثة ألا درهمين ، فأن الاستثناء يكون باطلا كله وجها واحدا لانه في الثاني استثنى درهمين من ثلاثة وهو استثناء الاكثر وقد وقف عليه فيبطل ، واذا بطل الثاني بطل الاول لانه يكون استثناء الكل من الكل .. وأن قال : له على خمسة دراهم ألا درهمين ودرهما لزمته الخمسة في أحد الوجهين لانه بجمع المستثنى يكون قد استثنى ثلاثة من خمسة وهو استثناء الاكثر فيبطل الاستثناء ويلزمه المقر به . وفي الوجه الآخر يلزمه ثلاثة دراهم ويبطل الاستثناء الثاني .

استثناء المفسر من المبهم وبالعكس :

اذا قال شخص : لفلان على ألف درهم الا خمسين فالمستثنى دراهم ولا يحتاج الى بيان وتفسير لأن العرب لا تستثنى في الاثبات الا من الجنس .. وان قال : له على ألف الا خمسين درهما فالجميع دراهم كذلك لما ذكر .. وهذا اختيار ابن حامد والقاضي وهو قول أبي ثور . وقال أبو الحسن التميمي وأبو الخطاب يكون الألف مبهما يرجع في تفسيره اليه . ويقبل تفسيره فيه أيا كان موافقا للجنس أو مخالفا له ، غير أنه اذا كان مخالفا للجنس يبطل الاستثناء ويلزمه كل المقر به المستثنى منه خلافا للمالكية والشافعية الذين يرون قبول التفسير والعمل به مطلقا واذا فسر بما يخالف الجنس عليه بيان القيمة وتطرح القيمة من المستثنى منه ويلزم بالباقى ان كانت أقل من المستثنى منه أو قيمته . أما اذا كانت أكثر أو مساوية فيبطل

الاستثناء للاستغراق ، وذلك لأن الاستثناء من غير الجنس صحيح عندهم • ولان لفظه فى الألف مبهم والدارهم لم تذكر تفسيرا له فيبقى على ابهامه ويحتاج للتفسير •

وقال الحنابلة فى تأييد رأيهم أنه لم يرد عن العرب الاستثناء فى الاثبات الا من الجنس فمتى علم أحد الطرفين علم أن الآخرمن جنسه كما لو علم المستثنى منه فان الاتفاق على أن المستثنى يكون من جنسه لتلازم المستثنى والمستثنى منه فى الجنس فما ثبت فى أحدهما يثبت فى الآخر •

جهالة المستثنى :

اذا قال شخص لفلان عندى هؤلاء العبيد الا واحدا صح ولزمه تسليم تسعة فان عينه فقال الا هذا وأشار الى واحد معين صح وكان مقرا بمن سواه وان قال :: الا واحدا ولم يعينه صح لأن الاقرار يصح مجهولا فكذلك الاستثناء منه ويرجع فى تعيين المستثنى اليه لأن الحكم يتعلق بقوله وهو أعلم بمراده به وان عين من عدا المستثنى صح وكان الباقى له • فان مات العبيد الا واحدا فقال هو المستثنى فهل يقبل قوله ؟• ذكروا فيه وجهين ، أحدهما يقبل ذكره القاضى والثانى لا يقبل ذكره أبو الخطاب لأنه يرفع به الاقرار كله اذ مقتضاه الا يأخذ المقر له شيئا فكان كاستثناء الكل والصحيح الأول وهو قبول قوله فى التعيين لانه يقبل تعيينه فى حياتهم لمعنى هو موجود بعد موتهم • وهو تعلق الحكم بقوله وهو أعلم بمراده به فيقبل التفسير كحالة حياتهم ، وليس هذا رفعا للاقرار كما يقال وانما تعذر تسليم المقر به لتلفه لا لمعنى يرجع الى التفسير فاشبه ما لو عينه فى حياته فتلف بعد التعيين •

فان قتل العبيد كلهم الا واحدا قبل تفسيره بهذا الواحد قولا واحدا لأن المقر له يحصل له قيمة المقتولين فبقى أثر الاقرار بالقيمة بخلاف الموت فانه لا يحصل للمقر له شىء فوقع الخلاف هناك لذلك ، وان قتلوا كلهم فله قيمة أحدهم ويرجع فى التعيين اليه • وان قال : غصبتك هؤلاء العبيد الا واحدا وماتوا الا واحدا قبل تفسيره به وجها واحدا لأن المقر له يستحق قيمة الهالكين فلا يقضى التفسير بالباقى الى سقوط الاقرار فكان كحالة القتل حيث بقى أثر الاقرار بالقيمة ، بخلاف حالة الموت بدون غصب •

ولو قال : له على ألف الا شيئا صح الاستثناء وعليه التفسير ولا يقبل تفسيره بأكثر من خمسمائة لأن الشىء يحتمل القليل والكثير لكن لا يجوز استثناء الأكثر فتعين حمله على مادون النصف ، وكذلك ان قال : الا قليلا لأنه مبهم فأشبه قوله : الا شيئا •

تعـدد الاسـتثناء :

اذا تعـددت الاسـتثناءات ، فان كانت متعـاطفة أى معطـوفا بعضهـا على بعض جمعت كلهـا وطـرح المجمـوع من المستثنى منـه الأصـلى ، فاذا قال : لفـلان على عشرة دراهم الا أربعـة وثلاثة واثنـين ، أو الا أربعـة والا ثلاثة والا اثنين بقى درهـم واحـد لان مجمـوع الاستثناءات تسـعة تطـرح من العشرة فيبقى واحـد وان لم تكـن متعـاطفة فيجـرى الأمر فيهـا على قاعـدة الاثبـات والنفى عبـارة الاقرار اثبـات والاسـتثناء الأول نفى والثـانى اثبـات وهكـذا ، ويجـوز ارجاع كل اسـتثناء الى ما قبـله والبـاقى ممـا قبـله وهكذا والنتيجة فى الأمـرين واحدة ، ففى المثـال المذكور اذا ذكر بدون عطف بأن قال : لـه على عشرة دراهـم الا أربعـة الا ثلاثة الا اثنين يبقى سـبعة . عبـارة الاقـرار أثبتت عشرة ، والاسـتثناء الأول نفى أربعـة فتبقى السـتة البـاقية مثبتـة والاسـتثناء الثـانى أثبت ثـلاثة تضـاف الى السـتة فيصـير المثبت تسعة والاسـتثناء الثـالث نفى اثنـين ، فيبقى المثبت سـبعة . وبالطريقة الثـانية يستثنى اثنـان من ثلاثة فيبقى واحـدا يستثنى من الاربعة فيبقى ثلاثة تسـتثنى من العشرة فتبقى سـبعة واذا وصلت الاستثناءات الى حـد الاستغراق أو استثناء الاكثر أو النصف فيمكن معرفة الحكم فيهـا من الامثلة التى ذكرت فى الموضوعات السابقة وهى بطـلان المستغرق والاكثر ، وجريان الخلاف فى النصف

الاسـتثناء بالمشـيئة :

فى المغنى لابن قـدامة ، وان قال : لك على ألف ان شـاء الله تعـالى كان مقـرا ، نص عليـه أحمـد ، وقال أصحاب الشـافعى ليـس باقـرار لانه علق اقـراره على شرط فلم يصح كمـا لو علقه على مشيئة زيد ، ولأن ما علق على مشـيئة الله تعـالى لاسبيل الى معـرفته ولنـا أنه وصـل اقراره بمـا يرفعـه كله ، ولا يصرفه الى غير الاقـرار فلزمـه ما أقـر به وبطـل ما وصـله به كمـا لو قال : له على ألف الا ألفـا ولأنه عقب الاقـرار بمالا يفيـد حـكما آخـر ولا يقتضى رفع الـحكم فأشـبه ما لو قال : له على ألف فى مشيئة الله تعـالى .. وان قال : لك على ألف ألا أن يشـاء الله صـح الاقـرار لأنه أقـر ثم علق على أمر لا يعلم لرفع الاقـرار فلم يرتفع .. وان قال لك على ان شـئت أو ان شـاء زيد لم يصح الاقرار وقال القـاضى يصـح لأنه عقبـه بما يرفعه فصـح الاقـرار دون ما يرفعـه كاستثناء الـكل وكمـا لو قال : ان شـاء الله .. ولنـا أنه علقـه على شرط يمكن علمـه فلم يصـح لأن الاقـرار اخبـار بحـق سابق فـلا يتعلق على شرط مسـتقبل ويفـارق التعليق على مشـيئة الله تعـالى من وجهين الأول : ان مشيئة الله تعـالى تذكر فى الكلام تـبركا وصـلة وتفويضـا الى الله تعـالى لا للاشـتراط كقول الله تعـالى : « لتدخلن المسـجد الحـرام ان شـاء الله آمنين » وقـد علم الله أنهـم سـيدخلون بغير شـك ويقـول النـاس صلينـا ان شـاء الله

تعالى مع تيقنهم بصلاتهم بخلاف مشيئة الآدمى والثانى ان مشيئة الله تعالى لا تعلم الا بوقوع الأمر فلا يمكن وقف الامر على وجودها ، ومشيئة الآدمى يمكن العلم بها فيمكن جعلها شرطا يتوقف الأمر على وجودها والماضى لا يمكن وقفه فيتعين حمل الأمر هنا على المستقبل فيكون وعدا لا اقرارا [١] .

مذهب الظاهرية :

ومن [٢] قال لفلان عندى مائة دينار دينا ولى عنده مائة قفيز قمح أو قال : الا مائة قفيز تمر أو نحو ذلك أو الا جارية ، ولا بينة عليه بشىء الا له ، قوم القمح الذى ادعاه فان ساوى المائة الدينار التى أقر بها أو ساوى أكثر فلا شىء عليه وان ساوى أقل قضى الفضل للذى أقر له .. برهان ذلك أنه لم يقر له قط اقرارا تاما بل وصله بما أبطل به أول كلامه فلم يثبت له قط على نفسه شيئا ، ولو جاز أن يؤخذ ببعض كلامه دون بعض لوجب أن يقتل من قال لا اله الا الله لأن نصف كلامه كفر صحيح هو قوله : لا اله فيقال له : كفرت ثم مت ، وهذا فاسد جدا ، ولوجب أيضا أن يبطل الاستثناء كله بمثل هذا لأنه ابطال لما اثبته بأول كلامه قبل أن يستثنى ما استثنى .. وقد قال قوم : انما يجوز الاستثناء من نوع ما قبله لا من نوع غيره ، قال أبو محمد وهذا باطل لأن الله تعالى يقول : « انى لا يخاف لدى المرسلون ، الا من ظلم » ويقول سبحانه : « فسجد الملائكة كلهم أجمعون الا ابليس » فاستثنى ابليس من الملائكة وليس منهم بل من الجن الذين ينسلون ، والملائكة لا تنسل واستثنى تعالى « من ظلم » من المرسلين وليسوا من أهل صفتهم . وقال الشاعر :

وبلدة ليس بها أنيس
الا اليعافير والا العيس

وليس اليعافير والعيس من الانيس ، وقد استثناهم الشاعر العربى الفصيح .

فالاستثناء جائز وصحيح عند ابن حزم دون شرط ولا قيد الا الاتصال ، ويعمل به سواء كان من الجنس أو من غير الجنس وسواء استثنى الكل أو الأكثر أو المساوى أو الاقل ، ولم يذكر ابن حزم حكم الاستثناء بالمشيئة فى الاقرار .

مذهب الزيدية :

اذا وصل الشخص الاستثناء باقراره صح ويعمل به فيلزمه الباقى بعد اسقاط المستثنى فاذا قال : لفلان على مائة درهم الا عشرين صح ولزمه ثمانون وهم يفرقون فى عبارة الاقرار والالتزام بين قول (على) وقوله : (عندى) فالأولى تستعمل فى الاقرار مما يثبت فى الذمة كالدين فاذا قال لفلان على كذا ونحوه كقبلى أوفى ذمتى كان هذا اللفظ موضوعا لما يثبت فى الذمة كالدين ويشمل

---

(١) يراجع فيما ذكر كله المغنى لابن قدامة والشرح الكبير للمقدسى حـ ٥ ص من ٢٧٧ — ٢٨٢ ، ٢٩٥ ، ٣٠١ — ٣١١ ، ٣١٧ ، ٣٤٩ ، ٣٥٠ الطبعة السابقة .

(٢) فى المحلى لابن حزم الظاهرى جـ ٨ ص ٢٥٦ وما بعدها المسالة رقم ١٣٨٢ الطبعة السابقة .

القصاص أيضا فاذا فسر بالدين كالدراهم والدنانير أو بالقصاص قبل كلامه وان فسر بالعين كالثياب والعبيد لا يقبل كلامه وان قال عندى له كذا ونحوه كمعى له أو فى بيتى له كان هذا اللفظ موضوعا للعين فيقبل قوله اذا فسر بذلك • وهذا مبنى على أصل اللغة أما فى عرفنا الآن فلا فرق بين عندى وعلى فى الاستعمال للدين ، فلو قال عندى لفلان كذا احتمل الدين والعين ، فان كان ثم قرينة عمل بها والا فهو للعين لأن الاصل براءة الذمة من الدين ، وعلى المقر بيان هل هى أمانة أو ضمانة •• وهذا يتعلق بأصل الاقرار ، وانما ذكر هنا للحاجة اليه فى الكلام على استثناء المفسر من المبهم وبالعكس واعتبار بعض الكلام بيانا وتفسيرا وكذلك فى اعتبار الجنس فى قبول البيان •

شروط صحة الاستثناء :

ويشترط لصحة الاستثناء عند الزيدية أن يكون المستثنى من جنس المستثنى منه فان كان من غير جنسه نحو أن يقول : له على مائة الا ثوبا لا يصح الاستثناء ويلزمه مائة مما فسر به من غير الثياب من جنس ما يثبت فى الذمة من الديون لأنه عبر بكلمة (على) وهى كما ذكرنا تستعمل فى الديون والقصاص فلا يقبل التفسير الا بما يثبت فى الذمة أما ما لا يثبت فى الذمة فلا يصلح تفسيرا هنا ، اذ المراد بالجنس فى الشرط هو جنس ما يثبت فى الذمة حيث عبر بكلمة (على) أو كلمة (عندى) اذا قطعنا النظر عن أصل اللغة وأخذنا بما جرى عليه العرف الآن وكانت هناك قرينة تعين ما يثبت فى الذمة مع كلمة عندى ، وجنس ما لا يثبت فى الذمة حيث عبر بكلمة عندى •

فاذا استثنى دراهم من دنانير أو بالعكس كان استثناء من الجنس لأن الكل يثبت فى الذمة واذا استثنى ثيابا من عبيد أو بالعكس كان استثناء من الجنس لأن الكل أعيان لا تثبت فى الذمة •

وقيل يصح الاستثناء من غير الجنس لقوله تعالى : « لا يسمعون فيها لغوا ولا تأثيما الا قليلا سلاما سلاما » فان السلام ليس من جنس اللغو وقوله تعالى : « فسجد الملائكة كلهم أجمعون الا ابليس » وابليس من الجن وليس من الملائكة • فاذا قال : له على مائة الا دينارا صح أن يفسر المائة بغير الدنانير ، ولكن على شرط أن يكون ذلك الغير بحيث لو أخرج منه قدر الدينار بقى منه شىء لأن من شروط صحة الاستثناء أن يكون غير مستغرق • ويشترط لصحة الاستثناء أيضا أن يكون المستثنى متصلا بالمستثنى منه عرفا بمعنى أن لا يفصل بينهما فاصل من سكوت طويل أو كلام أجنبى ونحو ذلك ــ ولا يضر الفصل بسكوت عارض لانقطاع نفس أو بلع ريق أو نحو ذلك ــ فان فصل بينهما فاصل يقطع الاتصال عرفا كان الاستثناء باطلا • فلو

قال : له على مائة درهم ثم سكت سكوتا طويلا بدون عذر ولا سبب مبرر ، أو اشتغل بكلام أو عمل آخر ، ثم قال : الا عشرين بطل الاستثناء ولزمته المائة كلها .

وكذلك يشترط لصحة الاستثناء أن يكون المستثنى غير مستغرق للمستثنى منه ، فان كان مستغرقا بطل الاستثناء ولزمه المقر به المستثنى منه ، فلو قال : له على عشرة دراهم الا عشرة بطل الاستثناء ولزمته العشرة كلها .

واذا توفرت هذه الشروط وكان المستثنى منه مبهما ، وفسر المقر المستثنى فان هذا التفسير يكفى لبيان المستثنى منه ويعتبر تفسيرا له ، فان قال : له على مائة الا دينارا كان بيان المستثنى بالدنانير تفسيرا للمستثنى منه وكانت المائة المقر بها دنانير ويلزمه الباقى بعد طرح المستثنى ، فان لم يتصل المستثنى بالمستثنى منه أو كان مستغرقا له كان الاستثناء باطلا ولا يعتبر تفسير المستثنى تفسيرا للمستثنى منه فى هذه الحالة بل يكون للمقر الحق فى تفسيره بما أحب ، فلو قال : له على مائة ثم سكت سكوتا طويلا بدون عذر ولا مبرر — ثم قال : الا دينارا أو قال : له على مائة الا مائة دينار . لا يعتبر تفسير المستثنى فى المثالين تفسيرا للمستثنى منه لأن الاستثناء باطل فيهما ويلزم المقر بالمائة ، وعليه أن يفسرها بما يريد .

واعتبر الزيدية الشرط فى صحة الاستثناء عدم الاستغراق ، أما استثناء الاكثر نحو له عشرة الا سبعة واستثناء النصف نحو له على عشرة الا خمسة فيبدو أنه صحيح كما هو رأى الجمهور .

تعدد الاستثناءات :

الوجه فى صحة الاستثناء من الاستثناء قوله تعالى : « انا أرسلنا الى قوم مجرمين الا آل لوط انا لمنجوهم أجمعين الا امرأته » واذا تعددت الاستثناءات اعتبرت فيها قاعدة الاستثناء من الاثبات نفى ومن النفى اثبات . مع ملاحظة أن الاستثناء المستغرق لما قبله باطل سواء كان مساويا له أو أكثر منه . فلو قال : له على عشرة الا تسعة الا ثمانية الا سبعة الا ستة لزمه ثمانية ، لأن عبارة الاقرار اثبتت الالتزام بعشرة والاستثناء الاول نفى تسعة ، فيبقى واحد مثبت ، وقد اثبت الاستثناء الثانى ثمانية تضاف الى الواحد فيصير المثبت تسعة ، نفى منها الاستثناء الثالث سبعة فيبقى من المثبت اثنان يضاف اليهما ستة أثبتها الاستثناء الأخير فيكون المثبت ثمانية . ولو قال : له على عشرة الا ثلاثة الا خمسة لزمه سبعة لأن استثناء الخمسة من الثلاثة مستغرق فيبطل ، فيبقى استثناء الثلاثة من العشرة ويكون الباقى سبعة وهو اللازم .. وان قال : له على عشرة الا سبعة الا سبعة الا خمسة لزمه ثمانية ، لأن استثناء السبعة من السبعة مستغرق فيبطل .. ويبقى ما عداه وقد نفى من العشرة سبعة وبقى ثلاثة يضاف اليها

خمسة ، وله وجه آخر هو ربط استثناء الخمسة بما قبلها واعتبارهما كلاما واحدا وكأنه قال : عشرة الا سبعة الا سبعة ليس فيها خمسة ، أى عشرة الا سبعة الا اثنين فيكون اللازم على هذا الوجه خمسة (١) .

مذهب الامامية :

عرف الامامية الاستثناء بأنه : اخراج ما لولاه لدخل فى اللفظ السابق . وقالوا : ان تعقيب الاقرار بالاستثناء مقبول وصحيح بشروط هى : أن يكون المستثنى غير مستوعب ولا مستغرق للمستثنى منه ، ويستوى أن يكون المستثنى هو الأكثر أو الاقل أو المساوى .. فلو قال : له على مائة الا عشرين أو الا خمسين أو الا تسعين صح ولزمه الباقى من المائة بعد المستثنى لأن المستثنى والمستثنى منه كالشىء الواحد فلا يتفاوت الحال بكثرته وقلته ولوقوعه فى القرآن وغيره من اللفظ الفصيح العربى فان كان المستثنى مستوعبا للمستثنى منه بطل الاستثناء ولزمه المقر به ، فلو قال : له على مائة الا مائة ، بطل ولزمته المائة كلها ، لأنه يكون ابطالا للكلام السابق فيبطل هو صيانة لكلام العاقل عن اللغو ، ولا يحمل على الغلط ولو ادعاه لم يسمع منه ، هذا اذا لم يتعقبه استثناء آخر يزيل استغراقه كما لو عقب المثال المذكور بقوله : الا تسعين بأن قال : له على مائة الا مائة الا تسعين فيصح الاستثناءان ويلزمه تسعون لان الكلام جملة واحدة لا يتم الا بآخره وآخره يصير الأول غير مستوعب ، فان المائة المستثناة تنفيه لانها استثناء من مثبت والتسعين مثبتة لأنها استثناء من منفى فيصير جملة الكلام فى قوة : له تسعون وكأنه استثنى من أول الأمر عشرة . وأن يكون متصلا بالمستثنى منه بما جرت به العادة والعرف ، فيغتفر التنفس بينهما والسعال وغيرهما مما لا يعد فاصلا عرفا ، فان فصل بسكوت طويل بدون عذر أو بفاصل يعتبر قاطعا عرفا وعادة فان الاستثناء يبطل ويلزمه المقر به ، فلو قال : له على عشرة ثم سكت طويلا بلا عذر أو قطع بكلام أجنبى ، ثم قال : الا ثلاثة بطل الاستثناء ولزمه العشرة .

ولو كان الاستثناء اخراج ما لولاه لدخل فى اللفظ كان المستثنى والمستثنى منه متناقضين ومن ثم قالوا ان الاستثناء من الاثبات نفى ومن النفى اثبات ، اما الأول فجمع عليه ، وأما الثانى فلأنه لولاه لم تكن كلمة التوحيد – لا اله الا الله – كافية فيه لأنه لا يتم الا باثبات الالوهية لله تعالى ونفيها عما عداه سبحانه ، والنفى هنا حاصل ولو لم يحصل لم يتم التوحيد – وعلى ذلك فلو قال : له على مائة الا تسعين فهو اقرار بعشرة لأن المستثنى منه اثبات للمائة ، والمستثنى نفى للتسعين منها فبقى عشرة فتلزمه ، ولو قال : الا تسعون بالرفع فهو اقرار بمائة لأنه لم يستثن منها شيئا لان

---

(١) شرح الازهار والتعليق الذى عليه ص ١٧٤ ، ١٨٢ – ١٨٣ .

الاستثناء من الموجب التام لا يكون الا منصوبا فلما رفعه لم يكن استثناء وانما ـ الا ـ فيه بمعنى غير يوصف بها وبتاليها ما قبلها ، ولما كانت المائة مرفوعة بالابتداء كانت التسعون مرفوعة صفة للمرفوع ، والمعنى له على مائة موصوفة بأنها غير تسعين ، وهذه الصفة مؤكدة صالحة للاسقاط والا الوصفية معروفة عند النحاة بكونها صفة لجمع منكر كما فى قوله تعالى : « لو كان فيهما آلهة الا الله لفسدتا » •

ولو قال : ليس له على مائة الا تسعون فهو اقرار بتسعين لأن المستثنى من المنفى التام يكون مرفوعا ـ فلما رفع التسعين علم انه استثناء من النفى فيكون اثباتا للتسعين بعد نفى المائة • ولو قال : الا تسعين فلا يكون اقرارا لأن نصب المستثنى دليلا على كون المستثنى منه موجبا ، ولما كان ظاهره النفى حمل على أن حرف النفى داخل على الجملة المثبتة المشتملة على الاستثناء أعنى مجموع المستثنى والمستثنى منه وهى : له ـ على مائة الا تسعين ـ فكأنه قال : المقدار الذى هو مائة الا تسعين ليس له على ، أعنى العشرة الباقية ، الباقية بعد الاستثناء •

والأولى أن يقال فى توجيه عدم لزوم شىء فى هذه الصورة أنه فى حالة النصب يحتمل أن يكون استثناء من النفى فيكون اثباتا للتسعين واقرارا بها ويحتمل أن يكون استثناء من المثبت والنفى موجه الى مجموع الجملة فلا يكون اقرارا بشىء ومع الاحتمال لا يلزمه شىء •

الاستثناء من غير الجنس :

ولو استثنى من غير الجنس صح وان كان مجازا ـ للتصريح بارادته ، ولأمكان تأويله بالمتصل بأن يضمر قيمة المستثنى ونحوها مما يطابق المستثنى منه •

وفى الاستثناء من غير الجنس ، يطرح المستثنى باعتبار قيمته من المستثنى منه فاذا بقى منه بقية وان قلت لزمت وان لم يبق منه شىء مطلقا بطل الاستثناء للاستغراق كما لو قال : له على مائة الا ثوبا ، فانه يصح ويطالب بتفسير الثوب فان بقى من قيمته بقية من المائة بعد اخراج القيمة قبل التفسير ، وان استغرقها بطل الاستثناء على الأقوى والزم المائة ، وقيل بطل التفسير خاصة ويطالب بغيره فى حدود أوضاع الاستثناء وقواعده •

تعدد الاستثناءات :

ولو تعدد الاستثناء ، فان كان بعاطف رجعت كلها الى المستثنى منه الأصلى وطرح مجموعها منه ولا فرق فى هذه الحالة بين ما اذا تكرر حرف الاستثناء كقوله له على عشرة الا أربعة والا ثلاثة ، أو لم يتكرر كقوله : له على عشرة الا أربعة وثلاثة ولا بين ما اذا زاد الاستثناء الثانى على الأول كقوله : له على عشرة الا أربعة والا خمسة أو ساواه كقوله : له على عشرة الا أربعة والا أربعة أو نقص عنه كما فى المثال الأصلى السابق •

وكذلك الحكم اذا لم تكن بعاطف ، وزاد الاستثناء الثانى على الأول كقوله : له على عشرة الا أربعة الا خمسة أو ساواه كقوله : له على عشرة الا أربعة الا أربعة فانها تعود الى المستثنى منه الأصلى ويطرح مجموعها منه — وانما رجعت الاستثناءات فى الأحوال المذكورة الى المستثنى منه لانه فى حالة العطف يجب اشتراك المعطوف والمعطوف عليه فى الحكم فهما كالجملة الواحدة، أما فى حالة زيادة الثانى على الأول ومساواته له بدون عطف فلأنه لو عاد الاستثناء الأخير الى الاقرب قبله للزم الاستغراق لأنه زائد عليه أو مساو له وفى كليهما هو مستغرق له ، والاستغراق باطل فيصان الكلام عن الهذر اللازم من عودهما معا الى المستثنى منه .

ولكن يشترط فى عود الاستثناءات فى الأحوال المذكورة الى المستثنى منه الا يترتب عليه استغراق مجموعها للمستثنى منه كما فى الأمثلة السابقة . فان لزم الاستغراق وكان من الثانى خاصة كما لو قال : له على عشرة الا خمسة الا خمسة لغا الثانى لانه هو الذى أوجب الفساد ، وكذا فى حالة العطف سواء كان الثانى مساويا للأول كما ذكر أم كان أزيد منه كما لو قال : له على عشرة الا ثلاثة والا سبعة أو نقص كما لو قدم السبعة على الثلاثة فى المثال المذكور .

وان تعددت الاستثناءات وكانت بدون عاطف ، ولم يكن الثانى أزيد من الأول ولا مساويا له بأن كان التعدد بدون عاطف وكان الاستثناء الثانى أنقص من الأول كأن يقول : له على عشرة الا تسعة الا ثمانية أو يزيد على ما ذكر استثناءات أخرى كل واحد أقل مما قبله — رجع التالى الى متلوه أى رجع كل واحد منها الى ما قبله ، لقربه ، اذ لو عاد الى البعيد لزم ترجيحه على الاقرب بدون مرجح ، وعوده الى الأقرب والبعيد معا يوجب التناقض اذ المستثنى والمستثنى منه متخالفان نفيا واثباتا كما مر .. ففى المثال المذكور يلزمه تسعة ، لأن قوله الأول اقرار بعشرة حيث أنه اثبات والاستثناء الأول نفى التسعة منها لانه من الاثبات ، فيبقى واحد مثبت والاستثناء الثانى اثبات لثمانية لانه من النفى ، ويضمها الى الواحد الثابت يكون المثبت تسعة وهو ما يلزمه .. ولو أنه أضاف فى المثال المذكور استثناءات أخرى بأعداد متعاقبة نزولا فقال : الا سبعة الا ستة حتى وصل الى الواحد لزمه خمسة لأنه بالاستثناء الثالث نفى سبعة من التسعة المثبتة مما قبله فبقى اثنان وبالرابع أثبت ستة فيصير المثبت ثمانية وبالخامس نفى خمسة منها فبقى ثلاثة مثبتة وبالسادس أثبت أربعة فصار المثبت سبعة وبالسابع نفى ثلاثة منها فبقى المثبت أربعة وبالثامن أثبت اثنين فصار المثبت ستة وبالتاسع نفى واحدا ، فبقى المثبت خمسة وهو ما يلزمه .. والضابط أن تجمع الاعداد المثبتة وهى التى مقامها

زوجى على حدة ، والأعداد المنفية وهى التى مقامها فردى على حدة ــ وتطرح مجموع المنفية من مجموع المثبتة والباقى هو المقر به الذى يلزم المقر ومجموع الأعداد المثبتة فى المثال ٣٠ ومجموع المنفية ٢٥ فيكون الباقى ٥ ويوضع هكذا (١٠ + ٨ + ٦ + ٤ + ٢) ــ (٩ + ٧ + ٥ + ٣ + ١) = ٣٠ ــ ٢٥ = ٥

احكام الاستثناء فى الطلاق

مذهب الحنفية :

يقول الحنفية أنه يرد على الطلاق نوعان من الاستثناء ، الاول : ربط الطلاق بالمشيئة وتعليقه عليها كقول الزوج لزوجته ــ أنت طالق ان شاء الله تعالى ــ ويسمى الاستثناء العرفى أو استثناء التبطيل لأن هذا التعليق يبطل حكم اللفظ ويمنع ثبوته ، والثانى : بيان بألا أو احدى أخواتها ان ما بعدها لم يرد بحكم الصدر كقول الزوج لزوجته : أنت طالق ثلاثا الا اثنتين أو الا واحدة ــ فان هذا الاستثناء بين أن ما بعد الا وهو الثنيات أو الواحدة غير مراد بحكم الصدر وهو الوقوع على الزوجة ويسمى الاستثناء الوضعى أو استثناء التحصيل .. ويبطل هذا النوع من الاستثناء بخمسة أمور بالسكتة اختيارا وبالزيادة على المستثنى منه وبالمساواة وهذه محترزات شروط فى صحة الاستثناء سيأتى بيانها ، وباستثناء بعض الطلقة وبابطال البعض كأنت طالق ثنتين وثنتين الا ثلاثا على ما سيأتى تفصيله .

وتسمية الربط بالمشيئة والتعليق عليها استثناء واطلاق هذا الاسم عليه توقيفى أى وارد فى اللغة لا اصطلاحى فقط قال الله تعالى : « انا بلوناهم كما بلونا أصحاب الجنة اذ أقسموا ليصر منها مصبحين ولا يستثنون » [1] أى لا يقولون أن شاء الله وفى الحديث من حلف على شىء فقال ان شاء الله فقد استثنى وانما يثبت حكم الاستثناء فى صيغ الاخبار وان كان انشاء ايجاب لأن الايجاب يقع ملزما فيحتاج الى ابطاله بالاستثناء وذكره ليس الا لذلك ، بخلاف الامر والنهى لأن الأمر لا يقع ملزما لقدرته على عزله فلا حاجة الى الاستثناء ليجب اعتبار صحته ، فلو قال : اعتقوا عبدى بعد موتى ان شاء الله لا يعمل الاستثناء فلهم عتقه وكذا لو قال بع عبدى هذا ان شاء الله كان للمأمور بيعه ، بخلاف ما لو قال بعت عبدى ان شاء الله فان التعليق بالمشيئة يبطل الايجاب .

وفى حاشية البيضاوى للخفاجى فى التفسير من سورة الكهف قال الراغب : الاستثناء رفع ما يوجبه عموم سابق كما فى قوله تعالى :[2] « قل لا أجد فيما أوحى الى محرما على طاعم يطعمه الا أن يكون ميتة أو دما مسفوحا أو لحم خنزير

(١) الآية رقم ١٧ من سورة القلم .

(٢) الاية رقم (١٤٥) من سورة الانعام .

فأنه رجس أو فسقا أهل لغير الله به » أو رفع ما يوجبه اللفظ كقوله : امرأتى طاق ان شاء الله » .

الاستثناء بالمشيئة :

جاء فى الهداية وشرح العناية [(١)] : واذا قال لامرأته أنت طالق ان شاء الله متصلا لم يقع الطلاق لقوله عليه الصلاة والسلام : « ومن حلف بطلاق أو عتاق وقال : ان شاء الله تعالى متصلا لا حنث عليه » ولأنه أتى بصورة الشرط دون حقيقته لان حقيقة الشرط عبارة عما يكون على خطر وتردد ومشيئة الله تعالى ليست كذلك لثبوتها قطعا أو انتفائها قطعا فلا تردد فيكون تعليقا من حيث الصورة . والتعليق اعدام العلية قبل وجود الشرط — ومعنى ذلك أن صيغة الطلاق عند الحنفية قد جعلها الشارع سببا فى وقوع الطلاق متى صدرت من الأهل لايقاع الطلاق وأضيفت الى المحل لوقوعه ، والتعليق عندهم يمنع انعقاد هذه السببية ، ويتوقف انعقاد الصيغة سببا لوقوع الطلاق فى حالة التعليق على تحقق الأمر المعلق عليه فاذا تحقق انعقدت السببية وترتب أثر عليها ويكون المعلق عندئذ بمثابة المنجز وهذا هو معنى قولهم ان التعليق اعدام العلية قبل وجود الشرط ، والشرط فى التعليق على المشيئة غير معلوم لنا أصلا أى لا يمكن لأحد أن يقف عليه ، فيكون التعليق بالمشيئة اعداما من الاصل وليس اعداما للعلية قبل وجود الشرط كما هو الشأن فى التعليق ، ومن ثم كان هذا التعليق ابطالا للكلام .

وقد علق صاحب الفتح الكمال بن الهمام رحمه الله تعالى على الحديث المتقدم بقوله — غريب بهذا اللفظ ومعناه مروى ، أخرج أصحاب السنن الاربعة من حديث أيوب السختيانى عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من حلف على يمين فقال : ان شاء الله فقد استثنى ولفظ النسائى .. ولفظ الترمذى ، فلا حنث عليه وأخرجه أحمد والنسائى وابن ماجه ، وقال الترمذى : حديث حسن غريب .

وعلق على قول الهداية — والشرط لا يعلم هنا فيكون اعداما من الاصل — بقوله : يشير الى أن التعليق بالمشيئة ابطال وهو قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى كقوله تعالى (ولا يدخلون الجنة حتى يلج الجمل فى سم الخياط) [(٢)] وقول الشاعر (اذا شاب الغراب أتيت أهلى . وعاد الثأر كاللبن الحليب) وعند أبى يوسف تعليق ملاحظة للصيغة وهما لا حظا المعنى وهو أولى .

وقد نقل االخلاف بين أبى يوسف

(١) الهداية وشرح العناية عليها جـ ٣ ص ١٤٣ وما بعدها من فتح القدير للكمال بن الهمام الطبعة الاولى الاميرية سنة ١٣١٦ هـ .

(٢) الاية رقم ٤٠ من سورة الاعراف .

ومحمد على عكسه .. وثمرته تظهر فيما اذا قدم الشرط فقال : ان شاء الله أنت طالق تطلق على التعليق لعدم الفاء فى موضع وجوبها فلا يتعلق . ولا تطلق على الابطال ، بخلاف — ان شاء الله فأنت طالق — أى فانه يبطل ولا تطلق على التعليق أيضا لان الربط بالفاء موجود فوجد التعليق التام . وفيما اذا جمع بين يمينين فقال : أنت طالق ان دخلت الدار وعبدى حر ان كلمت زيدا ان شاء الله فعلى التعليق يعود الى الجملة الثانية فلو كلمت زيدا لا يقع ، ولو دخلت الدار يقع . وعلى الابطال ، يعود الى الكل لعدم الاولوية بالابطال فلو كلمت زيدا أو دخلت الدار لا يقع ... ولو أدخله فى الايقاعين فقال أنت طالق وعبدى حر ان شاء الله ينصرف الى الكل فلا تطلق ولا يعتق بالاجماع أما عندهما فلما قلنا من عدم الاولوية بالابطال .. وأما عند أبى يوسف فلانه كالشرط ، والشرط اذا دخل على ايقاعين يتعلقان به .

وفيما اذا حلف لا يحلف بالطلاق وقاله حنث على التعليق لا الابطال .. وفى فتاوى قاضيخان ان الفتوى على قول أبى يوسف الا أنه عزى اليه الابطال ، فتحصل أن الفتوى على أنه ابطال .

وفى فصل الاستثناء من باب الطلاق (١) قال لها أنت طالق ان شاء الله متصلا مسموعا لا يقع الطلاق للشك فى مشيئة الله تعالى الطلاق لعدم الاطلاع عليها . وان ادعى الاستثناء وانكرته قبل قوله فى ظاهر المروى . وقيل لا يقبل الا ببينة وعليه الاعتماد والفتوى احتياطا لغلبة الفساد .. وحكم من لم يوقف على مشيئته كالانس والجن والملائكة والجوار كذلك وكذا ان شرك كأن شاء الله وشاء زيد لم يقع أصلا .. ومثل أن لا وان لم واذا . وما . وما لم يشأ .

ومن الاستثناء : أنت طالق لولا أبوك أو لولا حسنك أو لولا انى أحبك ... ولو قال أنت طالق ثلاثا وثلاثا ان شاء الله أو أنت حر وحر ان شاء الله — طلقت ثلاثا وعتق العبد ، لان اللفظ الثانى لغو ... وكذلك يقع الطلاق بقوله : ان شاء الله أنت طالق فانه تطليق عندهما تعليق عند أبى يوسف لاتصال المبطل بالايجاب فلا يقع كما لو أخر . وقيل : الخلاف بالعكس ، وعلى كل فالمفتى به عدم الوقوع اذا قدم المشيئة ولم يأت بالفاء . فان أتى بها لم يقع اتفاقا . وثمرته فيمن حلف لا يحلف بالطلاق وقاله حنث على التعليق لا الابطال .. وبأنت طالق بمشيئة الله لا تطلق لان الباء للالصاق فكانت كالصاق الجزاء بالشرط .. وعلق ابن عابدين فى حاشيته على قول الدر المختار — فأنه تطليق عندهما تعليق عند أبى يوسف — بقوله : أعلم أن التعليق بمشيئة الله تعالى ابطال عندهما أى رفع لحكم الايجاب السابق .. وعند أبى يوسف تعليق . ولهذا شرط كونه متصلا

---

(١) تنوير الابصار وشرحه الدر المختار الجزء الثانى من ابن عابدين الطبعة الثالثة بالمطبعة الاميرية سنة ١٣٢٣ هـ ص ٥٢٢ وما بعدها .

كسائر الشروط الاخرى ولهما أنه لا طريق للوصول الى معرفة مشيئة تعالى فكان ابطالا بخلاف بقية الشروط • وعلى كل لا يقع الطلاق فى مثل ، أنت طالق ان شاء الله تعالى •• نعم تظهر ثمرة الخلاف فى مواضع : منها ما اذا قدم الشرط ولم يأت بالفاء فى الجواب كأن شاء الله أنت طالق فعندهما لا يقع لانه ابطال فلا يختلف ، وعنده يقع لان التعليق لا يصح بدون الفاء فى موضع وجوبها ، ومنها ما اذا حلف لا يحلف بالطلاق بأن قال لامرأته : أن حلفت بطلاقك فأنت طالق ثم قال : لها : أنت طالق ان شاء الله طلقت امرأته فى قول أبى يوسف لأنه يمين لوجود الشرط والجزاء • ولا تطلق على قول محمد لانه ليس يمين اذ هو عنده للابطال •• ثم نقل ابن عابدين عدة نقول بأراء بعض العلماء فى أن الخلاف بالعكس أى أن المشيئة ابطال عند أبى يوسف تعليق عند محمد •• ثم قال : والحاصل أن أبا يوسف قائل بأن المشيئة تعليق ولكن اختلف فى التخريج على قوله • فقيل : تلزمه الفاء فى الجواب كما فى بقية الشروط فيقع بدونها وقيل لا فلا يقع وان محمدا قائل بأنها ابطال واختلف فى التخريج على قوله ، فقيل : انما تكون ابطالا أن صح الربط بوجود الفاء فى الجواب فلو حذفت فى موضع وجوبها وقع منجزا وهو معنى كونها حينئذ للتطليق وقيل انها عنده للابطال مطلقا فلا يقع وان سقطت الفاء أما أبو حنيفة فقيل مع أبى يوسف وقيل مع محمد •

وعلق على قوله — وقيل الخلاف بالعكس — بقوله : يعنى الخلاف فى أن التعليق بالمشيئة هل هو ابطال أو تعليق فقيل انه ابطال عند أبى يوسف تعليق عند محمد ، ولم يذكر هذا القائل أبا حنيفة • وسواء قيل ان التعليق أو الابطال قول أبى يوسف أو قول غيره فالمفتى به عدم الوقوع •

وظاهر مما ذكرنا أن أئمة المذهب متفقون على أنه اذا ربط الطلاق بمشيئة الله تعالى وكان الربط تاما بين الشرط والجزاء بأن قال لزوجته أنت طالق ان شاء الله تعالى فلا يقع الطلاق • وقال محمد : أن ربط على الشرط يتحقق تمام الربط بينهما • واختلفوا فى توجيه الحكم فقال أبو يوسف أنه تعليق على أمر لا يمكن الوقوف عليه فأن مشيئة الله لا يطلع عليها أحد فلا يقع الطلاق • وقال محمد : أن ربط الطلاق بمشيئة الله ابطال لحكم الصيغة من الاصل لأن التعليق يقتضى اعدام علية الصيغة للحكم الى وجود الشرط ، والشرط هنا لا يعرف فكان اعداما من الاصل ولا يعتبر يمينا معلقة على المشيئة •• أما أبو حنيفة فقد اختلف النقل عنه والراجح انه موافق للامام محمد ••• وكذلك يكون الحكم اذا قدم الشرط على الجزاء وأتى بالفاء فى الجواب بأن قال : ان شاء الله فأنت طالق حيث لا يقع الطلاق بالاتفاق لتمام الربط بالفاء بين الشرط والجزاء ، فكان تعليقا أو ابطالا على الخلاف •

أما اذا قدم الشرط على الجزاء ولم يأت بالفاء فى الجواب بأن قال : ان شاء الله أنت طالق • حيث يكون هناك ربط بين الشرط المتقدم والجزاء المتأخر • فهل يبطل هذا التعليق على المشيئة فى رأى أبى يوسف كما يبطل التعليق على غير المشيئة اذا جاء على هذا النحو خاليا من الربط بالفاء فى موضع وجوبها ويكون ذلك تنجيزا للطلاق فيقع •• أو أن للربط بالمشيئة وضعا آخر لا يبطل معه التعليق فى حالة انعدام الربط بالفاء فى موضع وجوبها على خلاف التعليق بغيرها من الشروط الاخرى ومن ثم يكون التعليق صحيحا وبالتالى لا يقع الطلاق فى هذه الحالة أيضا عند أبى يوسف •• وهل عدم وجود الفاء فى موضع وجوبها يفك الارتباط بين عبارتى الشرط والجزاء فلا يكون ابطالا للطلاق بالمشيئة فى هذه الحالة بل يكون تنجيزا للطلاق فيقع كما هو رأى أبى حنيفة ومحمد ، أو ان عدم وجود الفاء لا يفك الارتباط بين العبارتين الحاصل من اقترانهما فيبقى الارتباط بينهما قائما ويكون ابطالا للطلاق واعداما لحكمه فلا يقع •

قد اختلف التخريج على كلا الرأيين ولذلك اختلفت نسبة الاقوال الى الائمة فى الحكم بوقوع الطلاق وعدمه فى هذه الحالة وأيا ما كان توجيه الاراء ونسبة الاقوال ، فالمعول عليه للفتوى هو أنه لا يقع الطلاق وان عدم التصريح بالرابط فى التعليق على المشيئة لا يؤثر فى صحة الارتباط وقيامه بين الشرط والجزاء فيها •

ومثل أن الشرطية فى التعليق على المشيئة ، ألا ، فاذا قال : أنت طالق ألا ان يشاء الله تعالى ، فهو كقوله ان شاء الله تعالى — وان لم أى ان لم يشأ الله — فهو تعليق على عدم المشيئة ، وكما لا يعلم ان الله قد شاء أمرا فأنه لا يعلم انه لم يشأ ذلك الامر — واذا — أى اذا شاء الله — وما — أى ما شاء الله فلا يقع اما على كونها مصدرية ظرفية ظاهر للشك ، وأما على كونها موصولا اسميا فكذلك اذ المعنى حينئذ أنت طالق الطلاق الذى شاء الله ومشيئته لا تعلم — وما لم يشأ — اذ معناه مدة عدم مشيئة الله طلاقك فهو تعليق على عدم المشيئة كما فى أن لم —

ولو قال : أنت طالق كيف شاء الله تطلق واحدة رجعية لأن المضاف الى المشيئة حال الطلاق وكيفيته من المفرد والمتعدد والرجعى والبائن لا أصله فيقع أقله وهو الواحدة الرجعية لانه المتيقن ومن الاستثناء قوله : أنت طالق لولا أبوك أو لولا جمالك أو لولا انى أحبك ، فلا يقع به طلاق لان لولا تدل على امتناع الجزاء الذى هو الطلاق لوجود الشرط الذى هو وجود الاب أو جمالها أو محبته لها •

ومثل التعليق على مشيئة الله تعالى فيما ذكر التعليق على مشيئة من له مشيئة لا يوقف عليها كالجن والملائكة فلو قال أنت طالق ان شاء الجن ، أو أن شاء ابليس أو

الشيطان ، أو ان شاءت الملائكة ، أو ان شاء جبريل أو عزرائيل ، فلا يقع الطلاق فى كل ذلك لما ذكر فى مشيئة الله •• وكذلك التعليق على مشيئة من لا مشيئة له أصلا ، كقوله : أنت طالق ان شاء الكتاب أو الجدار أو القلم •

وان علق على مشيئة الله تعالى ومشيئة من تعرف مشيئته بأن قال : أنت طالق ان شاء الله وشاء زيد ، لم يقع طلاق أصلا حتى لو شاء زيد لأنه معلق على مشيئتين ومشيئة الله لا تعرف •

ويشترط فى ترتيب الاحكام على الربط بالمشيئة — الاتصال أى أن تذكر متصلة بالكلام على وجه يعتبر اتصالا عرفا فلا يضر الانقطاع للتنفس وان كان له منه بد فلو سكت قدر التنفس بلا تنفس فعلا يعتبر فاصلا يبطل معه الاستثناء ، فالسكوت قدر النفس بلا تنفس مبطل والسكوت للتنفس ولو بلا ضرورة عفو وكذا لا يضر الانقطاع للسعال أو الجشاء أو امساك الفم اذا أتى بالاستثناء عقب رفع اليد عن فمه • أما اذا سكت بعد الرفع مدة فلا يصح الاستثناء وكذلك لا يضر الفصل بكلام يفيد التأكيد نحو أنت طالق طالق ان شاء الله — اذا نوى به التأكيد — أو يفيد التكميل نحو أنت طالق واحدة وثلاثا ان شاء الله ، فان قوله — وثلاثا يفيد التكميل فى العدد لأن ذكر الثلاث بعد الواحدة يفيد ذلك بخلاف ما لو قال : أنت طالق ثلاثا وواحدة فانه يكون لغوا ويبطل الاستثناء لأن ذكر الواحدة بعد الثلاث لا يفيد شيئا •• أو يفيد شيئا جديدا كانشاء طلاق نحو أنت طالق يا طالق ان شاء الله أو ايجاب حد أو لعان نحو أنت طالق يا زانية ان شاء الله أو نداء نحو أنت طالق يا فلانة ان شاء الله حيث يصح الاستثناء وينصرف الى الكل ولا يقع طلاق بخلاف الفاصل اللغو نحو أنت طالق رجعيا ان شاء الله •• فان قوله رجعيا لا فائدة فيه لكونه مدلول الصيغة شرعا والفصل بالذكر كسبحان الله فانه يقطع الكلام ويبطل الاستثناء ولو قال : أنت طالق ثلاثا وثلاثا ان شاء الله بطل الاستثناء وطلقت ثلاثا ، لأن قوله وثلاثا فاصل لغو يبطل الاستثناء ولا وجه لجعله تأكيدا للفصل بالواو بخلاف ما اذا قال : أنت طالق ثلاثا ثلاثا ، فانه لا يعتبر فاصلا اذ يحمل على التأكيد ، وهذا عند الامام خلافا لهما لأن التكرار للتأكيد شائع فيحمل عليه وعلى هذا الخلاف لو قال : أنت طالق وطالق وطالق ان شاء الله بطل الاستثناء وطلقت ثلاثا عند الامام وصح الاستثناء ولا يقع شىء عند الصاحبين لقوله طالق أربعا ، ان شاء الله وان بدأ التلفظ بصيغة الطلاق والمشيئة فماتت الزوجة بعد قوله أنت طالق وقبل قوله : ان شاء الله صح الاستثناء ولا يقع الطلاق لأن ما جرى من الزوج تعليق لا تطليق وموتها لا ينافى التعليق لأنه مبطل لحكم الصيغة وهو الوقوع ، والموت أيضا مبطل فلا يتنافيان فيكون الاستثناء

صحيحا ولا يقع الطلاق عليهما أما اذا مات هو قبل قوله ان شاء الله فان الاستثناء يبطل ويقع الطلاق لعدم اتصال الاستثناء بعبارة الطلاق • ويشترط أيضا فى عمل الاستثناء بالمشيئة أن يكون مسموعا اذا تلفظ به بحيث لو قرب شخص اذنه الى فمه يسمعه أى أن المراد بكونه مسموعا ما شأنه أن يسمع وان لم يسمعه المنشىء فعلا لكثرة أصوات أو لصمم ومن ثم فاستثناء الاصم صحيح •• وهذا عند الهندوانى وهو الصحيح • وعند الكرخى ليس بشرط ولا يتنافى بين هذا وبين ما سيأتى من أنه لا يشترط التلفظ بالاستثناء لأن الشرط ليس هو التلفظ وانما الشرط هو السماع عند التلفظ •

واذا ادعى الزوج الاستثناء عقب الطلاق بأن قال : قلت بعده ، ان شاء الله وأنكرت الزوجة أنه استثنى بأن قالت سمعت الطلاق ولم أسمع الاستثناء ، هل يقبل قوله أو لا يقبل الا ببينة ودليل يؤيده واذا كان يقبل قوله فهل يقبل بيمينه أو بدون يمين • اختلفوا •

ففى ظاهر الرواية يقبل قوله ولم يذكر اليمين ، واستظهر البعض أن الغرض ان الزوجة تنكر عليه الاستثناء وتنازعه ، وقد قالوا : ان عليها فى هذه الحالة أن لا تمكنه من نفسها وتنازعه فتكون هناك خصومة ومنازعة فينبغى أن يكون قبول قوله بيمينه •• وهذا ما لم تكن هناك بينة على أنه لم يستثن ، والا وجب العمل بالبينة ولا يقال كيف تقوم بينة على عدم الاستثناء وهو نفى لانه فى المعنى أمر وجودى اذ هو عبارة عن ضم الشفتين عقب التكلم بالصيغة قال فى البحر : ولو شهدوا بأنه طلق أو خالع بلا استثناء أو شهدوا بأنه لم يستثن تقبل • وهذا مما تقبل فيه البينة على النفى ، لانه فى المعنى أمر وجودى لأنه عبارة عن ضم الشفتين عقيب التكلم بالموجب •• وان قالوا طلق ولم نسمع منه غير كلمة الخلع ، والزوج يدعى الاستثناء فالقول له لجواز أنه قاله ولم يسمعوه والشرط سماعه لا سماعهم على ما عرف فى الجامع الصغير •

وكذا لا يقبل قوله اذا ظهر منه ما يدل على صحة الطلاق كقبض البدل أو ذكره لأن دعواه الاستثناء تتنافى مع ذلك • وقيل لا يقبل قوله الا ببينة ودليل يؤيده ، أخذا بالحيطة والحذر لغلبة الفساد على الناس ونزوعهم الى المغالبة ولو بالباطل ولأن قول الزوج انه استثنى بعد الطلاق على خلاف الظاهر اذ هو يدعى ابطال حكم صيغة الطلاق بعد التلفظ بها ، فينبغى الا يؤخذ بقوله الا ببينة تؤيده وهذا هو الذى عليه الاعتماد والفتوى •

وقال الكمال بن الهمام : والذى عندى أن ينظر فان كان الرجل معروفا بالصلاح والشهود لا يشهدون على النفى ينبغى أن يؤخذ بما فى المحيط من عدم الوقوع تصديقا له ، وان عرف بالفسق أو جهل حاله فلا لغلبة الفساد فى هذا الزمان ـ

وعقب ابن عابدين فى حاشيته على قول الكمال بن الهمام بقوله : ولا يخفى أن هذا تحقيق للقول الثانى المفتى به لأن المشايخ عللوه بفساد الزمان أى فيكون الزوج متهما ، واذا كان صالحا تنتفى التهمة فيقبل قوله ، فلا يكون هذا قولا ثالثا .

ولا يشترط فى الاستثناء بالمشيئة القصد كما هو ظاهر المذهب — فلو جرى ذكر المشيئة على لسان الزوج بعد التكلم بالطلاق دون قصد الى التعليق والابطال صح الاستثناء ولا يقع الطلاق كما لو قال لزوجته أنت طالق فجرى على لسانه أو غير طالق بدون قصد . فانه لا يقع طلاق ، ولأن الطلاق مع الاستثناء ليس طلاقا .

وكذلك لا يشترط التلفظ بالاستثناء ولا بالطلاق ، فلو تلفظ بالطلاق وكتب الاستثناء موصولا أو عكس أو كتبهما معا أو أزال الاستثناء بعد الكتابة فانه يصح فى ذلك كله ولا يقع طلاق فى جميع الصور .

وكذلك لا يشترط العلم بمعنى الاستثناء ومعرفة أثره شرعا فلو أتى بالمشيئة عقب الطلاق جاهلا ما تدل عليه وتؤدى اليه صح ولا يقع الطلاق كسكوت البكر اذا زوجها أبوها ولا تدرى أن السكوت رضا يمضى به العقد عليها .

ولو شهد اثنان لشخص أنه أتى بالمشيئة عقب التلفظ بصيغة الطلاق موصولا . وهو لا يذكر أنه أتى بالمشيئة ان كان بحال لا يدرى معها ما يجرى على لسانه لغضب أو نحوه جاز له أن يعتمد على شهادتهما ويأخذ بعدم وقوع الطلاق .. وليس المراد أنه وصل الى حالة من نقصان الوعى لا يدرى معها ما يقول ولا يقصده ولا يفهم معناه كالمدهوش والنائم مثلا فان هذا لا يقع طلاقه شرعا من غير استثناء وانما المراد أنه قد ينسى ما وقع منه وما قاله لاشتغال فكره باستيلاء الغضب عليه .

الاستثناء بالأداة :

هذا هو النوع الثانى من الاستثناء الذى يرد على الطلاق عند الحنفية وهو بيان بألا أو احدى أخواتها أن ما بعدها لم يرد بحكم الصدر .

ويشترط فى هذا الاستثناء أن يكون متصلا بالمستثنى منه نحو أن يقول : أنت طالق ثلاثا الا واحدة متصلا ، فان فصل بينهما بسكتة اختيارا أو بكلام لغو لا يفيد معنى يتصل بسياق الكلام نحو أن يقول : أنت طالق ثلاثا ثم يسكت بدون عذر مدة ثم يقول الا واحدة .. أو يقول أنت طالق ثلاثا الحمد لله رب العالمين الا واحدة فان الاستثناء يكون باطلا وتطلق ثلاثا . أما الفصل بسكتة لعذر التنفس أو السعال أو نحو ذلك أو بكلام لا يعد لغوا فلا يضر ويصح الاستثناء .

ويشترط أيضا ألا يزيد المستثنى على المستثنى منه ولا يساويه أى ألا يكون مستغرقا • فلو قال : أنت طالق ثلاثا الا ثلاثا أو الا أربعا بطل الاستثناء لأن استثناء الكل باطل اذ الاستثناء هو تكلم بالباقى بعد المستثنى ، وليس فى هذه الحالة باق يتكلم به فلا يصح • ولو قال : أنت طالق واحدة وثنتين الا ثنتين أو قال : أنت طالق ثنتين وواحدة الا ثنتين يبطل الاستثناء ويقع الثلاث ، لأنه فى الاول أخرج الثنتين من الثنتين وهو مساو مستغرق ، وفى الثانى أخرج الثنتين من الواحدة وهو أكثر مستغرق فبطل وبقى قوله أنت طالق واحدة وثنتين وقوله أنت طالق ثنتين وواحدة وكذا لو قال : ثنتين وواحدة الا واحدة يبطل للاستغراق ويقع الثلاث ، أما لو قال : واحدة وثنتين الا واحدة فانه يصح ويقع اثنتان لأن اخراج واحدة من ثنتين صحيح •• والأصل أن الاستثناء انما ينصرف الى ما يليه ، واذا تعقب جملا فهو قيد للأخيرة منها •• وانما يبطل استثناء الكل أو الأزيد اذا لم يكن بعده استثناء يكون خبرا للصدر ، فان كان بعده استثناء بخبر الصدر بحيث لا يكون مستغرقا صح الاستثناء • وعلى هذا تفرع ما لو قال : أنت طالق ثلاثا الا ثلاثا الا واحدة حيث يصح الاستثناء وتقع واحدة أو قال : أنت طالق ثلاثا الا ثنتين الا واحدة يصح وتقع ثنتان • وهذا من تعدد الاستثناء ويأتى بيانه • ومن أصل الحنفية ان استثناء الكل انما يبطل اذا كان بلفظ الصدر أو بلفظ يساويه كما سبقت الاشارة اليه فى شروط الاستثناء أما اذا كان بلفظ يغاير لفظ الصدر فانه يصح اذا كان لفظ الصدر عاما بحسب وصفه يشمل المستثنى وغيره باعتبار عمومه ، وان ساواه فى الوجود الخارجي وفرعوا على ذلك ما اذا قال كل امرأة لى طالق الا هذه وأشار الى امرأته وليس له امرأة سواها فانها لا تطلق بناء على صحة الاستثناء لأن المساواة فى الوجود لا تمنع صحته متى عم لفظ المستثنى منه بحسب الوضع لأن الاستثناء تصرف لفظى فينظر فيه الى صيغة المستثنى منه فان عمت المستثنى وغيره وضعا صح ولفظ كل امرأة يعم فى الوضع هذه وغيرها ، بخلاف أنتن طوالق مخاطبا زوجاته الا هؤلاء وأشار اليهن وليس له سواهن فانه لا يصح الاستثناء للاستغراق ويطلقن لأن قوله أنتن لا يعم غير المخاطبات ، أما لو قال : أنتن طوالق الا هذه وأشار الى واحدة من المخاطبات فانه يصح ولا تطلق المشار اليها ، لأن لفظ أنتن يعم المستثناة وغيرها • ولو قال : أنت طالق واحدة وواحدة وواحدة الا ثلاثا أو الا واحدة يبطل الاستثناء لعدم وجود تعدد يصح معه اخراج شئ اذ لا عموم للفظ العدد أصلا •

وينظر فى كون الاستثناء كلا أو بعضا الى جملة الكلام المتلفظ به لا الى جملة الكلام الذى يحكم بصحته شرعا فى الطلاق وهو الثلاث ، فلو قال : أنت طالق خمسا الا ثلاثا صح الاستثناء ووقع ثنتان

ولو نظر الى ما يحكم بصحته من الخمسة وهو الثلاث لزم استثناء الثلاثة من الثلاث وهو مستغرق فيلغو الاستثناء وتقع الثلاث .. ولو قال : أنت طالق عشرا الا تسعا تقع واحدة والا ثمانية تقع ثنتان والا سبعا تقع ثلاث ولو نظر الى ما يحكم بصحته من الكلام لبطل الاستثناء كما ذكر .

تعدد الاستثناء :

قال فى الفتح : وأصل صحة الاستثناء من الاستثناء قوله تعالى : « انا لمنجوهم أجمعين الا امرأته » .

واذا تعدد الاستثناء فان كان بالواو أى عطف بعضه على بعض بالواو — وقد تقدم النقل عن صاحب مسلم الثبوت أن غير الواو من حروف العطف كالفاء وثم مثل الواو فى ذلك — تجمع الاستثناءات كلها ويطرح المجموع من الصدر أى المستثنى منه نحو أنت طالق عشرا الا خمسا والا ثلاثا والا واحدة تقع واحدة لأن مجموع الاستثناءات تسعة ويطرحها من العشرة تبقى واحدة .

أما اذا تعددت بدون عطف كان كل استثناء اسقاطا مما يليه أى مما قبله ، فلو قال : أنت طالق عشرا الا تسعا الا ثمانية الا سبعة تقع ثنتان لأنه اسقاط السبعة من الثمانية يبقى واحد تسقطه من التسعة تبقى ثمانية تسقطها من العشرة تبقى ثنتان . وهناك طريقة أخرى وهى أن تجمع الاعداد التى مراتبها فردية أى الأول والثالث والخامس وهكذا ، والاعداد التى مراتبها زوجية — أى الثانى والرابع والسادس وهكذا — ثم نطرح مجموع الأعداد الزوجية من الاعداد الفردية هكذا فى المثال المذكور (١٠ + ٨ — ٩ + ٧) = ١٨ — ١٦ = ٢ . وهناك طرق أخرى لا محل للاستطراد فى ذكرها . واخراج بعض التطليقة لغو بخلاف ايقاعه ، فلو قال : أنت طالق ثلاثا الا نصف تطليقة وقع الثلاث وهو قول محمد وهو المختار وقيل على قول أبى يوسف يقع ثنتان لأن التطليقة لا تتجزأ فى الايقاع فكذا لا تتجزأ فى الاستثناء فكأنه قال الا واحدة والجواب أن الايقاع انما لا يتجزأ لمعنى فى الموقع وهو لم يوجد فى الاستثناء فيتجزأ فيه فصار كلامه عبارة عن تطليقتين ونصف فتطلق ثلاثا ، وكذا فى الفتح وقال ابن عابدين وحاصله أن ايقاع نصف التطليقة مثلا غير متصور شرعا فكان ايقاعا للكل بخلاف استثناء النصف فانه ممكن لكنه يلغو لأن النصف الباقى تقع به طلقة (١) .

مذهب المالكية :

الاستثناء فى الطلاق عند المالكية قاصر على اخراج عدد من الطلقات التى ينشئها المتكلم بصيغة الطلاق بألا أو احدى أخواتها وهى سوى وخلا وعدا وحاشا كأن يقول : أنت طالق ثلاثا

---

(١) الدر المختار شرح تنوير الابصار وحاشية ابن عابدين عليه جـ ٢ ص ٥٢٢ — ٥٢٩ الطبعة الثالثة الاميرية سنة ١٣٢٣ هـ .

الا واحدة ولا يعتبرون ربط الطلاق بمشيئة الله تعالى أو بمشيئة غيره ممن له مشيئة تعلم أو لا تعلم أو لا مشيئة له أصلا نوعا من الاستثناء ولو فى المعنى ، وانما هو تعليق ، والأمر فى ذلك من حيث الاحكام وما قد يترتب عليه من آثار يختلف من صورة الى صورة كما سيتضح مما يذكر بعد والاستثناء فى الطلاق باخراج عدد من الطلقات التى تصلح لها الصيغة المتكلم بها بألا أو احدى أخواتها صحيح عند المالكية فلو قال الزوج لزوجته أنت طالق ثلاثا الا واحدة أو الاثنتين صح وطلقت ثنتين فى الأول وواحدة فى الثانى ولكن يشترط لصحة الاستثناء عندهم ما يأتى :

الأول : أن يكون متصلا بالمستثنى منه حقيقة بأن لا يفصل بينهما فاصل مطلقا أو حكما بأن يفصل بينهما فاصل اضطرارى كالسعال والعطاس مما لا يعد فاصلا عرفا — وهل يضر الفصل بالمحلوف عليه — ان كان كدخول الدار مثلا بأن يقول : أنت طالق ثلاثا ان دخلت الدار الا ثنتين أولا يضر هذا الفصل على اعتبار أن الشرط فى صورة الحلف هو اتصال الاستثناء بالمحلوف به وهو المستثنى منه كقوله : أنت طالق ثلاثا الا اثنتين ان دخلت الدار • أو بالمحلوف عليه كقوله : أنت طالق ثلاثا ان دخلت الدار الا اثنتين : قولان •

الثانى : أن لا يكون المستثنى مستغرقا للمستثنى منه ويريدون بالمستغرق أن يزيد المستثنى على المستثنى منه بأن يقول : أنت طالق ثنتين الا ثلاثا ولكنهم يلحقون المساوى كقوله : أنت طالق ثلاثا الا ثلاثا بالزائد فى الحكم ويقولون ان الاستثناء يكون لغوا وباطلا فى الصورتين ويقع ما تضمنته عبارة الطلاق المستثنى منها وهو اثنتان فى الأول وثلاث فى الثانى •• ويستوى فى ذلك أن يكون الاستغراق بذاته أو بالتكميل فلو قال : أنت طالق ثلاثا الا ثنتين وربعا • أو أنت طالق ثنتين وربعا الا ثلاثا كان الاستثناء مستغرقا لأن جزء الطلقة يكمل ويجب طلقة فكأنه قال : ثلاثا

ولو كان الاستثناء مستغرقا وأعقبه استثناء آخر غير مستغرق فهل ينظر الى الكلام كله على أنه مرتبط ببعضه وأن اعتباره بآخره أو ينظر الى الاستثناء المستغرق وحده فيلغى ثم يرد ما بعده الى الكلام ؟ رأيان الأول : الغاء الاستثناء الأول وهو الثلاث للاستغراق واستثناء الثانى وهو الواحدة من المستثنى منه الأصلى فيقع به ثنتان ، والثانى : استثناء الثانى من الأول فيبقى ثنتان نطرح من الاصل فتبقى واحدة وهى التى تقع ، وهذا الذى أخذ به ابن الحاجب وقال ابن عرفة انه الحق • وعلى الأول جرى العلامة خليل تبعا لابن شاس •

الشرط الثالث : ان يقصد الاستثناء

والاخراج وينويه فلو جرى على لسانه من غير قصد لا يصح •

الرابع : أن يتلفظ به ولو سرا بأن يحرك به لسانه وينطق به وان لم يسمعه أحد ، وهذا اذا لم يكن المراد من الحلف التوثق لحق من الحقوق والا لا ينفع الاستثناء اذا كان سرا بل لا بد من سماع التلفظ به لأن اليمين على نية المحلف عندهم كما هو مقرر فى باب اليمين وقد لا يتفق الاستثناء مع نية المحلف فيقع المحظور وينجم اشكال •

واذا تعدد الاستثناء من غير استغراق فنطبق القاعدة المقررة عند الجمهور وهى أن الاستثناء من الاثبات نفى ومن النفى اثبات فلو قال : أنت طالق ثلاثا الا ثنتين الا واحدة أو أنت طالق البتة الا ثنتين الا واحدة — والبتة ثلاث — فالثلاث المستثنى منها اثبات ، والثنتان ، الاستثناء الأول نفى فتبقى واحدة مثبتة والواحدة الاستثناء الثانى اثبات تضاف الى الواحدة السابقة المثبتة فتقع بذلك ثنتان •

واذا يكون المستثنى منه من أجزاء متعاطفة بحرف عطف الواو أو الفاء أو ثم ، ثم استثنى بأن قال : أنت طالق واحدة وثنتين الا ثنتين ينظر فان نوى الاستثناء من الجميع المعطوف والمعطوف عليه وقعت واحدة لأن المجموع المستثنى منه ثلاث وقد استثنى ثنتين فيتبقى واحدة وتقبل نيته بدون يمين ولو فى القضاء • وان نوى الاستثناء من المعطوف وحده أو المعطوف عليه وحده وقع الثلاث لأن الاستثناء يكون ملغى للاستغراق اذ هو أزيد ان كان الاستثناء من المعطوف عليه ومساو ان كان من المعطوف • وان لم ينو شيئا وقع الثلاث كذلك على الراجح لأن من المحتمل فى هذه الحالة أن يكون الاستثناء من الجميع فتقع واحدة كما تقدم وان يكون من المعطوف أو من المعطوف عليه فتقع الثلاث ، فوقع الشك فى الواحدة أو الثلاث فيحكم بالثلاث احتياطا فى أمر الحل والحرمة •

وهل يلغى ما زاد على الثلاث من عدد الطلاق الذى اشتمل عليه الكلام المتلفظ به لأنه غير صحيح شرعا فصار معدوما شرعا وهو كالمعدوم حسا أو يعتبر العدد المتلفظ بالغا ما بلغ فيستثنى منه لوجوده لفظا وان كان معدوما شرعا ؟ قولان لسحنون ، فلو قال : أنت طالق خمسا الا ثنتين فعلى الأول يلغى ما زاد على الثلاث أقصى العدد الذى حدد الشارع للمطلقات وعصمة الزوجية وقد استثنى منها ثنتين فتقع واحدة ، وعلى الثانى لا تلغى الزيادة ، ويبقى العدد المتلفظ به نظرا لوجوده لفظا وهو خمسة وقد استثنى منه اثنتين فيقع ثلاث ، وهذا هو الراجح الذى رجع اليه سحنون واستظهره ابن رشد ، وقال فى التوضيح وهو الأقرب وقال ابن عبد السلام أنه أقوى فى النظر •• ولو قال : أنت طالق خمسا الا ثلاثا يلزمه

على الأول ثلاث لبطلان الاستثناء بالاستغراق حيث ألغى الزائد فكان استثناء من الثلاث ويلزمه على الثانى اثنان كما هو ظاهر .

تعليق الطلاق بالمشيئة :

واذا علق الطلاق بمشيئة الله تعالى بأن قال : أنت طالق ان شاء الله تعالى أو الا أن يشاء الله تعالى فان الطلاق يتنجز ويقع فى الحال لأن مشيئة الله لا اطلاع لأحد عليها لانه لا يمكن الاطلاع على ذات الله فى الدنيا أصلا حتى تعلم مشيئته وحينئذ فيحتمل وقوع الطلاق وعدم وقوعه فالطلاق مشكوك فى وقوعه وعدم وقوعه ، فالبقاء مع الزوجة على هذه الحالة بقاء على زوجة مشكوك فى حلها .. وكذلك ان قال : أنت طالق ان شاءت الملائكة أو الجن لأنه لااطلاع لنا على مشيئتهما وان علق الطلاق على شىء كدخول الدار مثلا ثم ربط الأمر بعد ذلك بمشيئة الله تعالى أو بمشيئة الملائكة أو الجن بأن قال : أنت طالق ان دخلت الدار ان شاء الله تعالى ، فينظر : ان صرف المشيئة الى الطلاق أو صرفها الى الطلاق والدخول أو لم تكن نية أصلا يصرفها الى شىء تنجز الطلاق ووقع اذا حصل المعلق عليه وهو دخول الدار بالاتفاق .. أما اذا صرف . المشيئة الى المعلق عليه فقط وهو دخول الدار فقد وقع خلاف : فقال ابن القاسم يلزم الطلاق ويقع اذا حصل المعلق عليه وهو دخول الدار ولا يلزم شىء اذا لم تدخل لأن الشرط معلق بمحقق فان كل شىء بمشيئة الله والاستثناء لاغ وتناقض وتعقيب بالواقع فانه معلوم انها لا تدخل الا اذا شاء الله الدخول فكان كالاستثناء المستغرق اذا لم يبق بعد المستثنى حالة أخرى .. وقال أشهب وابن الماجشون : لا يقع طلاق ولو حصل المعلق عليه ودخلت الدار فعلا .

وان علق الطلاق على مشيئة آدمى حى بأن قال : أنت طالق ان شاء زيد أو الا أن يشاء زيد وزيد على قيد الحياة يرتبط الامر بمشيئته ان شاء طلقها ووقع الطلاق وان لم يشأ لم يقع . أما ان كان زيد حيا وقت التعليق ثم مات قبل أن تعلم مشيئته فلا شىء على الحالف أى لا يلزمه طلاق لعدم تحقق المشيئة ، وكذلك اذا كان زيد ميتا وقت التعليق لا شىء على الحالف سواء كان يعلم أنه ميت حينئذ أو لا يعلم ولكن ظهر أنه كان ميتا (١) .

مذهب الشافعية : (٢)

الاستثناء على ضربين ضرب يرفع العدد لا أصل الطلاق كالاستثناء بألا أو احدى اخواتها .. وضرب يرفع أصل الطلاق كالتعليق

---

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه ج ٢ ص ٤٣٩ — ٤٤٤ الطبعة السابقة وشرح منح الجليل ج ٢ ص ٢٤٦ — ٢٤٨ ، ٢٥٢ ، ٢٥٥ الطبعة السابقة .

(٢) حاشية الشروانى على تحفة المحتاج بشرح المنهاج ج ١ ص ٦١ الطبعة السابقة نقلا عن المغنى .

بالمشيئة كأنت طالق ان شاء الله تعالى ، وهذا يسمى استثناء شرعيا لا شتهاره فى العرف قال بعض المحققين : وسميت كلمة استثناء لصرفها الكلام عن الجزم والثبوت حالا من حيث التعليق بمالا يعلمه الا الله تعالى وقال صاحب التحفة : ان الاستثناء هو الاخراج بنحو الا كأستثنى وأحط ، وكذا التعليق بالمشيئة وغيرها من سائر التعليقات كما اشتهر شرعا ، وقد وقع الاستثناء فى القرآن والسنة وكلام العرب ، ويصح الاستثناء فى الطلاق قياسا على غيره مما ورد فيه النص وجميع ما يأتى من الشروط عام فى النوعين ما عدا الاستغراق • وعلق الشروانى على قوله ما عدا الاستغراق بقوله : أما الاستغراق فيشترط عدمه فى النوع الأول أعنى الاخراج بنحو الا • وأما النوع الثانى أعنى التعليق بالمشيئة وغيرها فيكون مستغرقا غالبا •

شروط الاستثناء :

وقد أشرنا فى الكلام على الاستثناء فى الاقرار الى شروط صحة الاستثناء على التفصيل وهى على الاجمال :

الاتصال بالمستثنى منه عرفا بحيث يعد كلاما واحدا لاجماع أهل اللغة على ذلك خلافا لما حكى عن ابن عباس رضى الله عنهما من جواز انفصال الاستثناء الى شهر أو سنة أو أبدا على ما قيل •

وجوزوا الفصل بما له صلة وتعلق بالكلام كقوله : أنت طالق ثلاثا يا زانية ، أو يا طالق الا واحدة ، وقالوا انه لبيان العذر فى التطليق ، ولتعلقه بالزوجين بخلاف الكلام الأجنبى وان قل فان الفصل به يمنع صحة الاستثناء ولم يجيزوا الفصل فى الطلاق بنحو استغفر الله وأجازه البعض فى الاقرار لأنه اخبار يحتمل الكذب أما الطلاق فانه انشاء •

والقصد : أى قصد الاستثناء والاخراج قبل الفراغ من عبارة المستثنى منه بحيث تقترن النية بأى جزء من أجزاء المستثنى منه ان أخر الاستثناء عن الصيغة بأن قال : أنت طالق ثلاثا الا واحدة ، أما ان قدم الاستثناء بأن قال : أنت الا واحدة طالق ثلاثا فيلزمه أن ينويه قبل التلفظ به أو يقصد حال الاتيان به انه استثناء مما يأتى بعده ليحصل الربط بين المستثنى والمستثنى منه ، واستحسن بعضهم عدم اشتراط نيته قبل التلفظ به واكتفى باشتراط النية عند الاتيان به انه استثناء مما يأتى بعده •

ومعرفة معناه ولو من وجه : أى أن يعرف المتكلم بالاستثناء ان القصد منه هو التعليق أو التخصيص باجمال لاخصوص معانيه التفصيلية التى أفاض العلماء فى بيانها فى كتب الاصول والفقه واللغة ، وأكثر الناس يفهمون هذا المعنى الاجمالى حتى لو أن شخصا لقن اللفظ مع الاستثناء ثم سئل عن معناه فلم يفصح عنه ،

لا يترتب على هذا الاستثناء حكمه لفقدان الشرط وهو معرفة المعنى .

والتلفظ بحيث يسمع نفسه : اذا كان سمعه معتدلا ولم تحط به عوارض تحول دون السماع من ضجيج أو صخب ، والا لا يقبل وظاهر ما ذكر ان اسماع نفسه شرط فى صحة الاستثناء بألا واخواتها وفى التعليق بالمشيئة ، وقد نقل الشروانى عن الانوار وغيره ان هذا شرط فى التعليق على غير المشيئة كدخول الدار أو التكلم مع شخص معين أو الذهاب الى بيت أحد من الناس أو نحو ذلك من الشروط ، أما الاستثناء بألا واخواتها والتعليق على المشيئة فالشرط فيهما أن يسمع غيره ، وفرقوا بين الأمرين بأن التعليق بأى شرط غير المشيئة كالدخول ليس رافعا للطلاق لا أصلا ولا عددا وانما هو مخصص له فقط بخلاف التعليق بالمشيئة فأنه يرفع أصل الطلاق وبخلاف الاستثناء فانه يرفع العدد ويزيله ، ورتبوا على هذا الفرق واختلاف الشرط أنه اذا قال : أنت طالق ان كلمت زيدا وأنكرت الزوجة حصول الشرط وتمسك الزوج بحصوله ، كان القول قوله بيمينه لان الشرط فيه أن يسمع نفسه وقد يكون سمع هو ولم يسمع غيره فيصدق بيمينه ، أما لو قال : أنت طالق ان شاء الله ، أو أنت طالق ثلاثا الا واحدة ، وأنكرت الزوجة التعليق على المشيئة أو الاستثناء وتمسك هو بحصوله كان القول قولها فى نفى الشرط والاستثناء ويحكم بوقوع الطلاق اذا حلفت اليمين لان الشرط فيهما أن يسمع غيره فالظاهر يشهد لها غير أن الشروانى بعد أن نقل عن الانوار وغيره ما هو صريح فى التفرقة بين الاستثناء والمشيئة وبين التعليق بغيرها من الشروط والصفات واختلاف الشرط والحكم فيهما عند الانكار قال فى آخر النقول : وهذه كلها مخالفة لما فى المغنى وعبارته ويشترط أيضا فى التلفظ بالاستثناء اسماع نفسه عند اعتدال سمعه فلا يكفى أن ينويه بقلبه ولا أن يتلفظ به من غير أن يسمع نفسه فان ذلك لا يؤثر ظاهرا قطعا ولا يدين على المشهور . ويبدو أن الامر موضع خلاف بين فقهاء المذهب .

وعدم الاستغراق : أى أن لا يستغرق المستثنى المستثنى منه ، فأن استغرقه بأن قال : أنت طالق ثلاثا الا ثلاثا بطل الاستثناء ووقع الثلاث ولو قال : أنت طالق ثلاثا الا ثنتين وواحدة وقعت واحدة لان القاعدة المقررة أنه اذا تكون المستثنى أو المستثنى منه أو هما معا من اعداد متفرقة معطوف بعضها على بعض ، لا تجمع هذه الاعداد المتعاطفة بعضها على بعض لتحصيل الاستغراق توصلا لابطال الاستثناء ولا لدفع الاستغراق توصلا لتصحيح الاستثناء وانما يفرد كل بحكمه ، ففى المثال المذكور ، المستثنى يكون من اثنتين وواحدة وبينهما حرف عطف ولو جمعا لكانا ثلاثا ، والمستثنى منه ثلاث فيكون مستغرقا فيبطل وتقع الثلاث ـ فلا يجمع المتفرق بل يلغو قوله وواحدة لحصول الاستغراق

بهـا ويبقى ثلاثا الا اثنتين فتقع واحـدة ، ولو قال : أنت طـالق ثنتين وواحـدة الا واحـدة ــ المتفرق فيه فى المستثنى منـه ، ولا يجمع طبقـا للقاعدة المذكـورة ، فيكون قد استثنى واحـدة وهو مستغرق فيبطـل الاستثناء ويبقى قـوله أنت طـالق ثنتين وواحـدة فيقع الثـلاث واذا قال المتـكلم قصـدت الاستثناء من المجموع ينبغى أن يقبـل .

وقد يقـال : اذا كان الاستغراق يبطـل الاستثناء لانه رفع لمـا أثبته بصـدر الكلام فلا يقبـل ومن ثم اشترط لصـحة الاستثناء عـدم الاستغراق فلم يصـح التعليـق بالمشـيئة وهو ابطـال للطلاق ورفع لاصله .. والجواب أن مقتضى النظـر والقواعـد أن لا يصح التعليق بالمشـيئة لانه ابطـال ورفع لمـا ثبت بالصـدر . ولكنه خـرج بالنص أى الخبر الصـحيح ــ من حلف ثم قال ان شـاء الله فقد استثنى وهو عام فى الطـلاق وغيره ، وفى خـبر لابى موسى الاصفهانى ــ من أعتق أو طلق واستثنى فله ثنياه ــ أما الآخر وهو الاستثناء بألا فلم يرد فيـه نص فبقى على الاصـل ــ وأيضـا فان الاستثناء المستغرق عبـارة عن كلام متناقض غير منتظم ولا يفهم منه معنى صحيح بخـلاف التعليق بالمشيئة فأنه كلام منتظم سـليم بدليل أنه لا يقع به الطلاق كما اذا سـبق لسـانه الى ذكر المشـيئة دون قصد أو قصد بذكره التبرك لا التعليق . وقد لا يقـع كما اذا ذكرها قصـدا وتلفظ بها وأراد التعليق واذا أتى بعـد الاستثناء المسـتغرق اسـتثناء آخـر وكانت نتيجـة التصفية بمقتضى القواعد زوال الاسـتغراق فلا يعـول عليـه وفى هـذه الحالة يصفى الاسـتثناء على أساس أن الاسـتثناء من الاثبات نفى ومن النفى اثبات كما هو رأى الشـافعية وجمهـور الاصـوليين خـلافا للحنفية . فلو قال : أنت طالق ثلاثا ألا ثنتين ألا واحـدة وقـع ثنتان ، لان المعنى ثلاثا يقعن الا ثنتين لا يقعان فتبقى واحـدة تقع تضـاف اليها واحـدة بقوله الا واحـدة تقع ، ولو قال : أنت طالق ثلاثا الا ثلاثا ألا ثنتين وقعت ثنتـان أيضـا لانه لمـا عقب الاسـتثناء المسـتغرق بغـيره خـرج عن الاستغراق فلا يلغو ويكون المعنى ثلاثا تقع الا ثلاثا لا تقع الا ثنتين تقعان ، ويمكن الاخذ بقاعدة رجوع كل اسـتثناء الى ما قبله ففى المثـال الاول تستثنى واحـدة من اثنتين تبقى واحـدة فتستثنى من الثلاث فتبقى اثنتان هما الواقعتان وفى الثانى تستثنى اثنتان من الثلاث تبقى واحـدة تستثنى من الثلاث تبقى اثنتان .. وهكذا وقيـل تقع ثلاث فى المثـال الثانى لان الاسـتثناء الاول مسـتغرق فيلغـو ويصبح فاصـلا بين المستثنى منه والاستثناء الثانى فيلغو أيضـا ويبقى قوله : أنت طالق ثلاثا وقيل تقع فيه واحـدة ، الغاء للمستغرق فقـط وارجاعا للثانى الصحيح الى أصـل الكلام . ثم هل العبرة فى الاسـتثناء باللفظ المذكور أيا كان العـدد المستثنى منه ، والعدد المستثنى دون نظـر الى القدر الذى حدده الشـارع لعـدد الطلقات التى يملكها الزوج على زوجتـه وهو الثلاث ، أو ينظـر الى

هذا العدد الصحيح دون ما زاد عليه ؟ رأيان والاصح النظر الى اللفظ المتكلم به لان الاستثناء تصرف لفظى يرتبط باللفظ دون تقيد بالعدد المعتبر شرعا ، فلو قال : أنت طالق خمسا الا ثلاثا وقع ثنتان اعتبارا للاستثناء من الملفوظ به لانه لفظ فاتبع فيه موجب اللفظ بناء على الاصح • وقيل تقع ثلاث لان الاستثناء يتصرف الى المملوك شرعا لان الزيادة عليه لغو فلا عبرة بها • بناء على غير الاصح ، وحينئذ يكون الاستثناء مستغرقا وكأنه قال : أنت طالق ثلاثا الا ثلاثا فيلغو وتقع الثلاث •• ولو قال : أنت طالق ثلاثا الا نصف تطليقة او الا أقله ولا نية له وقع ثلاث على الصحيح اذ الاقل عند الاطلاق محمول على بعض الطلقة ، وتكمل الباقى دون المستثنى لان التكميل فى الايقاع لا فى الرفع • ولو نوى بـ (الا أقلة) طلقة كما هو السابق الى الفهم — وقع ثنتان •

الاستثناء بالمشيئة :

اذا قال : أنت طالق ان شاء الله أو اذا أو متى شاء الله أو أراد أو أحب أو رضى أو اختار • أو قال : أنت طالق ان أو اذا أو متى لم يشاء الله ، وقصد تعليق الطلاق بالمشيئة فى الاول أو بعدمها فى الثانى قبل فراغ عبارة الطلاق ولم يفصل بينهما اسمع نفسه أو غيره على ما سبق فى بيان ما هو الشرط فى التعليق بالمشيئة — لم يقع طلاق بما ذكر أصلا أما فى التعليق بالمشيئة فللخبر الصحيح — من حلف ثم قال ان شاء الله فقد استثنى — وهو عام فى الطلاق وغيره ، وفى خبر لابى موسى الاصفهانى ، من أعتق أو طلق واستثنى فله ثنياه • وعلل المتكلمون اعتبار قوله ان شاء الله استثناء يمنع وقوع الطلاق بأنه يقتضى مشيئة جديدة ومشيئة الله تعالى قديمة• أما الفقهاء فقد عللوا ذلك بأن مشيئة الله تعالى لا تعلم لنا •• وفرقوا بين الاستثناء المتفرق فى الاستثناء بنحو إلا حيث أبطلوه وأوقعوا الطلاق حسبما تقتضيه الصيغة المستثنى منها • والتعليق بالمشيئة حيث اعتبروه ولم يوقعوا الطلاق أصلا ، مع أن كلا منهما رافع للطلاق — بأن لفظ الاستثناء المستغرق متناقض وغير منتظم بخلاف التعليق بالمشيئة فأن عبارته منتظمة وقد يقع بها طلاق اذا لم يقصد التعليق •

وأما فى التعليق بعدم المشيئة فلاستحالة الوقوع بخلاف مشيئة الله تعالى — ولان عدم المشيئة غير معلوم لنا أيضا •

فاذا ذكر المتكلم المشيئة أو عدم المشيئة ولكنه لم يقصد التعليق بل سبق لسانه اليها أو ذكرها على سبيل التبرك أو قصد الاشارة الى أن كل شىء بمشيئة الله تعالى أو لم يعلم هل قصد التعليق أولا أو أطلق • فانه يقع الطلاق حسبما تقتضيه الصيغة فى ذلك كله لانعدام التعليق حينئذ •

وكما يمنع التعليق على المشيئة انعقاد الطلاق ووقوعه يمنع انعقاد الطلاق وتعليقه على شرط آخر ، كقوله : أنت طالق

ان دخلت الدار ان شاء الله تعالى ، حيث لا ينعقد هذا التعليق ولا تطلق ان دخلت الزوجة الدار من غير نظر الى صرف المشيئة الى الطلاق فقط أو الى الشرط المعلق عليه فقط أو اليهما معا •• ولو قال : يا طالق ان شاء الله وقع الطلاق لان صورة النداء تشعر بحصول الطلاق عنده وحال وجوده والحاصل بالفعل لا يعلق بخلاف قوله : أنت طالق فأنه ليس نصا فى حصول الطلاق حال التكلم به أى ليس اخبارا عن طلاق حاصل ، فقد يستعمل عند القرب منه وتوقع الحصول ، كما يقال للقريب من الوصول : أنت واصل وللمريض المتوقع شفاؤه ، أنت صحيح فينتظم الاستثناء فى مثله ••• ولو قال : أنت طالق ثلاثا يا طالق ان شاء الله تعالى وقعت طلقة واحدة لان الاستثناء يرجع الى غير النداء فيرفع قوله أنت طالق ثلاثا ، ويبقى قوله يا طالق فتقع به طلقة ولا يعتبر هذا النداء فاصلا يلغو معه الاستثناء لانه مما يتعلق بالزوجين كما تقدم •• وظاهر الاطلاق أنه لا فرق بين ما اذا كان اسمها طالق وغيره •• لكن جزم القاضى فيمن اسمها ذلك ، بأنه لا يقع طلاق اذ يكون مجرد نداء لا يقصد به انشاء طلاق ، اللهم الا أن يقول الزوج أنه قصد به الطلاق — فأنه يقع به طلاق اتفاقا ولو علق الطلاق بمشيئة الملائكة لم تطلق لان لهم مشيئة لا يعلم حصولها وكذا ان علق بمشيئة بهيمة لانه تعليق بمستحيل ، ولو قال : أنت طالق ان شاء زيد فمات أو جن قبل المشيئة لم تطلق وان خرس فأشار طلقت ، ولو قال : أنت طالق ان لم يشأ زيد ولم توجد مشيئته فى الحياة وقع قبيل موته أو جنونه المتصل بالموت وان مات وشك فى مشيئته لم تطلق للشك فى الصفة الموجبة للطلاق ، ولو قال : أنت طالق ان لم يشأ زيد اليوم ولم يشأ فيه وقع قبيل الغروب اذ اليوم فى هذه الصورة كالعمر فيما مر (١) •

مذهب الحنابلة :

يصح (٢) الاستثناء فى الطلاق عند الحنابلة ، وحكى عن أبى بكر أنه لا يصح الاستثناء فى الطلاق ، وحكى عنه أن الاستثناء لا يؤثر فى عدد الطلقات ويجوز فى المطلقات فلو قال : أنت طالق ثلاثا ألا واحدة وقع الثلاث عنده لعدم صحة الاستثناء فى العدد ، ولو قال : نسائى طوالق ألا فلانة لم تطلق فلانة لان الطلاق لا يمكن رفعه بعد ايقاعه واستثناء العدد رفع له عن المستثنى فلا يصح •• وأجيب بأن الاستثناء ليس رفعا لما وقع بالفعل اذ لو كان فى ذلك لما صح فى المطلقات ولا فى الاقرار والاخبار وقد

---

(١) يراجع فيما ذكر كله تحفة المحتاج بشرح المنهاج وحواشيها جـ ٨ فصل الاستثناء من باب الطلاق ص ٦١ — ٦٩ الطبعة السابقة وشرح منهج الطلاب جـ ٤ فصل الاستثناء من باب الطلاق جـ ٤ ص ١٧ — ١٩ الطبعة السابقة .

(٢) يراجع فيما كتب فى مذهب الحنابلة المغنى لابن قدامة من جـ ٨ من صفحة ٣٠٧ — ٣١٦ ومن ص ٣٧٧ — ٣٨٤ والشرح الكبير لابن قدامة المقدسى جـ ٨ ص ٤٣٥ — ٤٤١ الطبعة السابقة :

أجيز فى ذلك كله بالاتفاق وانما هو مبين أن المستثنى غير مراد فى الكلام فهو يمنع أن يدخل فيه ما لولاه لدخل ، فقوله تعالى (فلبث فيهم ألف سنة الا خمسين عاما) عبارة عن تسعمائة وخمسين عاما ، وقوله (اننى براء مما تعبدون الا الذى فطرنى) مقتضاه انه لم يتبرأ من الله ، فكذلك قوله : أنت طالق ثلاثا ألا واحدة عبارة عن اثنين لا غير .

وقد قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل اذا قال لامرأته أنت طالق ثلاثا ألا واحدة انها تطلق طلقتين ويصح استثناء ما دون النصف باتفاق ولا يصح استثناء الكل باتفاق أيضا ويصح استثناء الاكثر والنصف عند الجمهور ، ولا يصح استثناء الاكثر عند الحنابلة وفى استثناء النصف وجهان عندهم فلو قال : أنت طالق ثلاثا الا واحدة صح ووقعت ثنتان عند الكل ولو قال : ألا ثلاثا بطل ووقع الثلاث عند الكل ولو قال : الا ثنتين بطل ووقع الثلاث عند الحنابلة وصح ووقعت واحدة عند الجمهور ولو قال : أنت طالق ثنتين ألا واحدة صح ووقعت واحدة عند الجمهور واحتمل وجهين عند الحنابلة أحدهما كالجمهور والثانى لا يصح وتقع ثنتان .

ولا يصح الاستثناء الا متلفظا به فاذا طلقها بلسانه واستثنى بقلبه شيئا وقع الطلاق ولم ينفعه الاستثناء ...

وجملة ذلك أن ما يتصل باللفظ من قرينة أو استثناء على ثلاثة أضرب :

احدها : مالا يصح نطقا ولا نية وهو ما يرفع حكم اللفظ كاستثناء الكل مثل أن يقول : أنت طالق ثلاثا الا ثلاثا فهذا لا يصح سواء نطق كما فى المثال المذكور أو نواه فقط بأن قال : أنت طالق ثلاثا ونوى بقلبه استثناء الثلاث ، فيبطل الاستثناء فى الحالتين وتقع الثلاث .

ثانيها : ما يصح لفظا ولا يقبل نية لا فى الحكم ولا فيما بينه وبين الله تعالى وهو استثناء الاقل فهذا يصح لفظا لانه من لسان العرب ولا يصح بالنية مثل ان يقول : أنت طالق ثلاثا ويستثنى بقلبه الا واحدة ، فهذا لا يصح لان العدد نص فيما تناوله لا يتحمل غيره فلا يرتفع بالنية ما ثبت بنص اللفظ اذ اللفظ أقوى من النية فيقع مقتضى اللفظ وهو ثلاث وتلغو النية .

وليس هذا مثل قوله : نسائى طوالق واستثناء فلانة منهن بقلبه حيث يصح الاستثناء ولا تطلق فلانة المستثناة — لان لفظ نسائى عام يجوز التعبير به عن بعض ما يشمله وضعا ، فاذا أريد به البعض صح ، بخلاف ثلاثا فى قوله : أنت طالق ثلاثا فانه اسم عدد للثلاث لا يجوز التعبير به عن عدد آخر غيرها ولا يحتمل سواها فاذا أراد به اثنين بقرينة الاستثناء فقد أراد باللفظ ما لا يحتمله ، وانما تعمل

النيـة فى صرف اللفـظ المحتمل الى أحـد محتمـلاته فأما مالا يحتمله فلا • ولو عملنـا به فيما لا يحتمله كان عمـلا بمجـرد النية • ومجـرد النية لا يعمـل فى النكاح والطلاق والبيع ولو قال : نسـائى الأربع طوالق أو قال : أربعتكن طوالق واستثنى بعضهن بالنية لم يصـح ولا يقبـل ويطلق الجميـع من اسـتثنى ومن لم يستثن ، على قيـاس أنت طالق ثلاثا واستثناء واحدة بقلبـه ولا يدين فيـه لانه عنى باللفظ مالا يحتمـل •

ثالثها : ما يصـح نطقا ــ واذا نواه يدين فيـه فيما بينـه وبين الله تعـالى ، وذلك مثـل تخصيص العـام أو اسـتعمال اللفظ فى مجازه كأن يقـول نسـائى طوالق ويريد بعضهن بدون اسـتثناء ملفوظ أو يقول : أنت طالق ويريد من الوثاق ، فهـذا يصـح ويقبل اذا تلفـظ به وجهـا واحـدا لانه وصـل كلامه بما بين مراده منـه ، واذا لم يتلفظ ونوى هـذا المراد قبـل فيما بينه وبين الله تعـالى لانه أراد تخصيص اللفظ العـام واسـتعماله فى الخصـوص ، وهـذا سائغ لغـة وشائع اسـتعمالا فلا يمنـع منه ويكون اللفـظ منصرفا الى ما أراده وما يحتمله •.• وهل يقبـل ذلك فى الحـكم ؟ وجهـان : أحـدهما يقبـل لانه فسر كلامه بما يحتمله فيصـح كمـا لو قال : أنت طالق أنت طالق وأراد بالثانية افهامها أنها طلقت والثاني لايقبل لانه خـلاف الظاهـر ــ ومن شرط هـذا الضرب أن تكون النيـة مقارنة للفظ ــ فان تأخـرت عنـه بأن قال : نسـائى طوالق ثم بعـد فـراغه نوى بقلبـه بعضهن أو طلق نسـاءه ونوى بعـد طلاقهن أى من وثاق ــ لم تنفعـه النية حينئذ وطلق جميع نسـائه فى الاول ولزمه الطـلاق فى الثانى لانه مقتضى اللفظ والنيـة المتأخرة مجردة فلا تعمـل •

وهل العبرة فى تصفية الاستثناء واعتباره استثناء للكل أو للبعض الاكثر أو النصف أو الاقل بما تضمنه اللفظ دون نظر الى ما يملكه من عـدد الطلقـات أو العبـرة بعـدد الطلقـات التى يملكهـا شرعا ؟ يسـتوى الامران ويجوز الاخـذ بهـذا الاعتبار أو ذاك ويرتب الحـكم فى وقوع الطـلاق على هـذا النظـر أو ذاك ، فلو قال : أنت طالق خمسـا ألا ثلاثا وقع ثلاث لان الاسـتثناء أن عـاد الى الخمس التى تلفـظ بها فقـد اسـتثنى الاكثر وأن عاد الى الثـلاث التى يملكهـا فقـد استثنى الكل وكلاهما غـير صحيح فيبطل الاسـتثناء وتقع الثلاث ، ولو قال : خمسـا ألا طلقـة ففيـه وجهـان أحـدهما : يقع ثلاث لان الكلام مع الاستثناء جملة واحـدة فكأنه نطق بما عـدا المستثنى وكأنه قـال : أنت طالق أربعا وفيها يقع ثلاث والثانى : يقـع ثنتان كما ذكره القـاضى لان الاسـتثناء لا يرجع الى الخمس المتلفـظ بهـا وانما يرجـع الى ما يملكه من الطلقات وهو الثلاث وما زاد عليها يلغو •

وقد اسـتثنى واحـدة من الثلاث فيصح وتقع طلقتـان •• ولو قال : ثلاثا الا ربع طلقـة طلقت ثلاثا لان الطلقـة الناقصة فى الايقـاع تكمل فتصـير ثلاثا • وان قـال :

أنت طالق أربعا الا ثنتين ، فاذا اعتبرنا الاستثناء من الاربع المتلفظ بها دون النظر الى ما يملكه ، كان استثناء النصف وفيه رأيان يصح فيقع طلقتان أولا يصح فيلغو ويقع الثلاث . وعلى قول القاضي : ينبغي ألا يصح الاستثناء ويقع ثلاث لان الاستثناء يرجع الى الثلاث فيكون استثناء الاكثر وهو باطل .

واذا كان المستثنى منه مكونا من جمل متعاطفة وكان الاستثناء جملة واحدة . فان تعاطفت جمل المستثنى منه بالواو بأن قال : أنت طالق ثنتين وواحدة الا واحدة ففيه وجهان أحدهما لا يصح الاستثناء ويقع ثلاث لانه يعود الى الجملة الاخيرة فيكون استثناء الكل فيبطل والثاني يصح الاستثناء ويقع ثنتان لان العطف بالواو يجعل الجملتين كالجملة الواحدة فيصير مستثنيا من ثلاث وقد استثنى منها واحدة .

وكذا ان قال : أنت طالق واحدة وثنتين ألا واحدة ، أو أنت طالق وطالق وطالق الا طلقة أو أنت طالق طلقتين ونصفا الا طلقة فى كل واحدة منها الوجهان المذكوران بطلان الاستثناء ووقوع الثلاث ، وصحته ووقوع الثنتين .

وان كان العطف بغير الواو كقوله أنت طالق فطالق فطالق الا طلقة أو طالق ثم طالق ثم طالق الا طلقة فلا يصح الاستثناء وجها واحدا لان هذا حرف يقتضى الترتيب وكون الطلقة الاخيرة مفردة عما قبلها فيعود الاستثناء اليها وحدها فلا يصح لانه يكون استثناء الكل ويقع ثلاث حينئذ .

أما ان كان التفرق والعطف فى المستثنى بأن قال : أنت طالق ثلاثا الا طلقة وطلقة وطلقة ففيه وجهان أحدهما يلغو الاستثناء ويقع ثلاث لان العطف يوجب اشتراك المعطوف مع المعطوف عليه فيصير مستثنيا ثلاثا من ثلاث وهو استثناء الكل فيبطل وتقع الثلاث والثانى يصح الاستثناء فى الطلقة الاولى لانه يكون استثناء الاقل ويبطل فى الثانية والثالثة لانه يكون استثناء الاكثر أو الكل وحينئذ تقع طلقتان .

ويصح الاستثناء من الاستثناء ولكن لا يصح منه فى الطلاق الا مسألة واحدة على اختلاف فيها ، وهى قوله : أنت طالق ثلاثا ألا اثنتين ألا واحدة فانه يصح فى رأى من يجيز استثناء النصف فيقع به طلقتان ولا يقال أن فى هذه المسألة استثناء اثنين من ثلاث وهو استثناء الاكثر فكيف أجيز ؟ لأنه لم يسكت على استثناء الاثنتين من الثلاث بل وصلهما باستثناء لاحق استثنى فيه طلقة فكأنه استثنى من الثلاث اثنتين ناقصتين واحدة أى واحدة فيبقى اثنان .. ولو قال : أنت طالق ثلاثا ألا ثلاثا ألا اثنتين لم يصح لان استثناء اثنتين من الثلاث لا يصح لانه استثناء الاكثر واستثناء الثلاث من الثلاث لا يصح أيضا لانه استثناء الكل ومن ثم يقع فى هذه المسألة ثلاث .

تعليق الطلاق بالمشيئة :

لو قال لزوجته أنت طالق ان شاء الله تعالى طلقت وان قال لأمته : أنت حرة ان شاء الله عتقت نص أحمد رحمه الله تعالى على وقوع الطلاق والعتق اذا علق كل منهما على مشيئة الله تعالى فى رواية جماعة وهو مذهب كثير من أهل العلم وفقهاء الامصار منهم مالك ، وحكى عنه أنه يقع العتق ، دون الطلاق ، وفرق بينهما بأن العتق لله سبحانه وتعالى والطلاق ليس لله ولا فيه قربة اليه ، ولان من نذر العتق صح ولزمه الوفاء به ومن نذر الطلاق لا يلزمه الوفاء به .. وقد ذهب أبو حنيفة والشافعى الى أنه اذا علق الطلاق أو العتق على مشيئة الله تعالى لا يقع ، قد روى عن أحمد ما يدل على ذلك ، لانه علقه على مالا يعلم وجودها ، ولقول النبى صلى الله عليه وسلم من حلف فقال : ان شاء الله لم يحنث ، واحتج الحنابلة ومن رأى رأيهم بما روى عن ابن عباس أنه قال : اذا قال الرجل لامرأته : أنت طالق ان شاء الله فهى طالق .. وما روى ابن عمر وأبو سعيد قال : كنا معاشر أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم نرى الاستثناء جائزا فى كل شىء ألا فى الطلاق والعتاق وهذا نقل للاجماع فيه حيث لم يعلم له مخالف ولانه استثناء يرفع جملة الطلاق فلم يصح كقوله : أنت طالق ثلاثا ألا ثلاثا أو هو ازالة ملك فلا يصح تعليقه ، أو تعليق على ما لا سبيل الى علمه فكان كالتعليق على المستحيلات يلغو ويقع الطلاق فى الحال على أحد وجهين ولا حجة فى الحديث الذى استند اليه المخالفون لان الطلاق انشاء وليس يمينا حقيقة وان سمى بذلك فهو مجاز لا تترك الحقيقة من أجله ، وانما يسمى يمينا اذا كان معلقا على شرط يمكن فعله وتركه ، والقول بأن التعليق على المشيئة تعليق بما لا سبيل الى علمه مردود بأن مشيئة الله الطلاق قد علمت بمباشرة الآدمى سببه وهو اللفظ ولئن سلم فهو كالتعليق على المستحيلات يلغو ويقع الطلاق فى الحال

ولو قال أنت طالق الا أن يشاء الله طلقت لانه أوقع الطلاق وعلق رفعه بمشيئة لا تعلم .. وان قال ان لم يشأ الله أو ما لم يشأ الله فعلى وجهين ، أحدهما يقع الطلاق فى الحال لان وقوع طلاقها اذا لم يشأ الله محال فلغت هذه الصفة ، أى لغا التعليق ووقع الطلاق فى الحال وثانيهما لا يقع الطلاق بناء على أنه تعليق على المحال مثل أنت طالق ان جمعت بين الضدين أو ان شربت الماء الذى فى هذا الكوز ولا ماء فيه ، حيث لا يقع الطلاق فيه فى أحد الوجهين .

وان قال : أنت طالق ان دخلت الدار ان شاء الله فعن أحمد فيه روايتان أحداهما يقع الطلاق ان دخلت الدار ولا ينفعه الاستثناء لان الطلاق والعتاق ليسا من الايمان ، فلا يعتبر التعليق على المشيئة فيهما استثناء كما يدل ظاهر الحديث والثانية يكون هذا التعليق استثناء ولا يقع الطلاق لانه علق الطلاق على دخول

الدار والطلاق اذا علق بشرط صار يمينا وحلفا فصح الاستثناء فيه لعموم قوله صلى الله عليه وسلم (من حلف على يمين فقال : ان شاء الله لم يحنث) وفارق مسألة ما اذا لم يعلق الطلاق فأنه لا يكون يمينا حينئذ فلا يدخل فى العموم •

وان قال : أنت طالق لتدخلن الدار ان شاء أو لا تدخلى الدار ان شاء الله لم تطلق دخلت الدار أو لم تدخلها لانها ان دخلتها فقد فعلت المحلوف عليه وان لم تدخلها فقد علمنا ان الله لم يشأ لانه لو شاءه لوجد فان ما شاء الله كان وهذا فى المثال الاول ، وفى المثال الثانى أن لم تدخل الدار فقد فعلت المحلوف عليه ، وان دخلت علمنا ان الله تعالى قد شاء الدخول هذا أن تعلقت المشيئة بالشرط وهو دخول الدار أو عدم دخولها وان علق المشيئة بالطلاق لم يقع الطلاق على المذهب وان لم تعلم نيته فالظاهر رجوعه الى الدخول ويحتمل ان يرجع الى الطلاق والحكم هو ما ذكر فى كل منهما • وان علق الطلاق على مشيئة الزوجة فقال : أنت طالق ان شئت أو اذا شئت أو متى شئت أو كلما شئت أو كيف شئت أو حيث شئت وأنى شئت لم تطلق حتى تشاء وتنطق بالمشيئة بلسانها فتقول : قد شئت لان ما فى القلب لا يعلم حتى يعبر عنه اللسان فيتعلق الحكم به دون ما فى القلب فلو شاءت بقلبها ولم تنطق بلسانها لم يقع طلاق ولو قالت قد شئت بلسانها وهى كارهة للطلاق وقع الطلاق اعتبارا بالنطق •• وكذلك ان علق الطلاق بمشيئة غيرها يصح ومتى وجدت المشيئة باللسان من هذا الغير وقع الطلاق سواء كان على الفور أو التراخى نص عليه أحمد فى تعليق الطلاق بمشيئة فلان •

وأن قال : أنت طالق ان شئت وشاء أبوك ، فقالت : قد شئت ان شاء أبى فقال أبوها : قد شئت لم تطلق لانها لم تشأ فأن المشيئة أمر خفى لا يصح تعليقها على شرط ، وقد قال ابن المنذر فى هذا الشأن : اجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل اذا قال لزوجته : أنت طالق ان شئت فقالت : قد شئت ان شاء فلان ، انها قد ردت الامر ولا يلزمها الطلاق وان شاء فلان هذا وذلك لانه لم يوجد منها مشيئة وانما وجد منها تعليق مشيئتها بشرط ، وتعليق المشيئة بشرط ليس مشيئة ••

ولو قال : أنت طالق الا ان يشاء زيد فمات أو جن أو خرس طلقت فى الحال ، لانه أوقع الطلاق وعلق رفعه بشرط ولم يوجد الشرط ولو قال : أنتطالق واحدة الا أن يشاء زيد ثلاثا فشاء زيد ثلاثا فقال أبو بكر تطلق ثلاثا فى أحد الوجهين لان السابق الى الفهم من هذا الكلام ايقاع الثلاث اذ شاءها زيد ، وفى بعض المذاهب لا تطلق اذا شاء زيد ثلاثا لان المعنى أنت طالق واحدة ألا أن يشاء زيد ثلاثا فلا تطلق •• ولا يصح الاستثناء فى الطلاق فى أية صورة من صوره ولا يترتب عليه حكمه

ألا أن يكون متصلا بالمستثنى منه وقد تقدم الكلام على شروط الاستثناء فى الاقرار •

مذهب الظاهرية :

قال ابن حزم الظاهرى فى كتاب المحلى [1] : من قال : أنت طالق ان شاء الله ، أو قال : ألا أن يشاء الله أو قال : ألا أن لا يشاء الله ، فكل ذلك سواء ولا يقع بشىء من ذلك طلاق ، برهان ذلك قول الله عز وجل (ولا تقولن لشىء انى فاعل ذلك غدا الا أن يشاء الله) وقوله سبحانه وتعالى (وما تشاءون ألا أن يشاء الله) ونحن نعلم أن الله تعالى لو أراد امضاء هذا الطلاق ليسره لاخراجه بغير استثناء •• فصح أنه تعالى لم يرد وقوعه أذ يسره لتعليقه بمشيئته عز وجل •• وقد روى عن ابن طاووس عن أبيه فيمن قال لامرأته : أنت طالق ان شاء الله قال : له ثنياه وعن ابراهيم النخعى فيمن قال لامرأته : أنت طالق ان شاء الله قال : لا يحنث ، ومن طريق وكيع عن أبيه عن الليث قال : اجتمع عطاء ومجاهد وطاووس والزهرى على أن الاستثناء جائز فى كل شىء •• وبه يقول أبو حنيفة والشافعى وكثيرون غيرهما : وقال آخرون لا يسقط الطلاق بالاستثناء استنادا الى ما روى عن أبى حمزة قال : سمعت ابن عباس يقول : اذا قال لامرأته : أنت طالق ان شاء الله فهى طالق وبه يقول مالك ، وروى عن ابن أبى ليلى ان طلق واستثنى فالطلاق واقع ، وان أخرجه مخرج اليمين فله استثناؤه •

وقال مالك : فأن قال : أنت طالق ان شاء زيد أو قال : ألا ان لا يشاء زيد أو ألا أن يشاء زيد فانها لا تطلق ألا أن يشاء زيد ، واحتجوا فى ذلك بأن مشيئة زيد تعرف ومشيئة الله تعالى لا تعرف •

وهذا باطل ، بل مشيئة زيد لا يعرفها أبدا أحد غيره وغير الله تعالى لانه قد يكذب • وأما مشيئة الله تعالى فمعروفة بلا شك لان كل ما نفذ فقد شاء الله تعالى كونه ، وما لم ينفذ فلا نشك أن الله تعالى لم يشأ كونه •

مذهب الزيدية :

لا يجرى الاستثناء فى الطلاق عند الزيدية ألا اذا خرج مخرج الحلف به واليمين نحو : أنت طالق لادخلن هذه الدار غدا ، أو لا تكلمى فلانا ، أو لتفعلن كذا •• فانهم يعقدون فصلا للكلام على الحلف بالطلاق والتحليف به وحكم التحليف به شرعا والحنث فى ذلك ثم يتحدثون فيه عن الاستثناء فى الحلف بالطلاق بألا أو احدى أخواتها ، وتعليقه بمشيئة الله تعالى ومشيئة غيره ، ولم يتكلموا عن الاستثناء فى الطلاق فى غير حالة الحلف أو التحليف به •

وأيضا هم يستدلون على جواز الاستثناء بالمشيئة بحديث (من حلف على يمين فقال ان شاء الله فقد استثنى)

---

(١) المحلى ج ١٠ ص ٢١٧ وما بعدها الطبعة السابقة .

وهو ظاهر فى اليمين وبعض الائمة لا يرى جواز الاستثناء فى الطلاق ألا اذا أخرجه مخرج اليمين كابن أبى ليلى .

ويشترط الزيدية فى صحة الاستثناء أن يكون متصلا بالجملة الاولى أى بالمستثنى منه فلو سكت بعد الجملة الاولى زمانا ثم استثنى لم يصح استثناؤه واغتفروا السكوت قدر التنفس أو بلع الريق أو العطاس أو أى عذر مما يعرض للانسان ويحول دون مواصلة الكلام ، وأجاز البعض السكوت للتذكر أى تذكر ما يتكلم به وما يستثنيه كما ذكر الشافعية .

ويشترطون فى صحة الاستثناء أيضا أن يكون غير مستغرق للمستثنى منه فلو قال : أنت طالق واحدة ألا واحدة لا يصح الاستثناء ويلغى وتقع واحدة بلفظ الانشاء .. ويصح استثناء الاكثر وهو قول الجمهور ، فلو قال أنت طالق ثلاثا الا اثنتين صح ووقعت طلقة واحدة ، وفائدة ذلك أن لا يكون الطلاق بدعيا .. وزاد بعض العلماء شرطا ثالثا وهو أن يكون المتكلم عازما على الاستثناء قبل الكلام واختاره فى الانتصار . وقيل ان هذا هو ظاهر كلام أهل المذهب على عكس ما ذكره البعض لانهم نصوا على أن الرجوع عن الطلاق بعد انفاذه لا يصح والاتيان بالاستثناء بعد الكلام بدون قصد سابق ولا نية يعتبر رجوعا عن الطلاق بعد وقوعه وهو لا يجوز ، أما اذا كانت هناك نية سابقة بالاستثناء فيكون المقصود بالطلاق هو ما وراء المستثنى فقط ولا يكون فيه رجوع بعد الايقاع بل يكون الاستثناء من تمام الكلام وأجزائه .

وكما يكون الاستثناء من التطليقات على ما ذكرنا يكون من الزوجات المطلقات بالشروط السابقة ويجوز فيه استثناء الاكثر أيضا فلو قال : نسائى طوالق ألا فلانة وفلانة وكان له ثلاث نسوة جاز وطلقت التى لم تستثن ..

تعليق الطلاق على المشيئة :

يصح تعليق الطلاق بمشيئة الله تعالى عند الزيدية وهم يرون أن مشيئة الله الطلاق وعدم مشيئته اياه تعرف من حكم الطلاق المراد ايقاعه شرعا ، فاذا كان الطلاق محظورا أو مكروها ، كما اذا أراد طلاقها لتحل لمن طلقها ثلاثا قبل ذلك أو كان الزوج فى حالة يستحب له فيها النكاح ولم يجد سواها ، فانه يقال فى هذه الحالة أن الله لا يشاء هذا الطلاق واذا كان الطلاق واجبا أو مندوبا أو مباحا كما اذا كان يتهمها بالزنا أو كانت العشرة معها سيئة تؤدى الى مساوىء ومكاره فانه يقال فى هذ الحالة أن الله يشاء الطلاق .

فاذا قال : أنت طالق ألا أن يشاء الله حبسك ، أو الا أن يشاء الله عدم طلاقك فان كان الطلاق فى حالته محظورا أو مكروها شرعا فان الله تعالى يكون قد شاء حبسها وعدم طلاقها وبالتالى يكون المعلق عليه قد حصل فلا تطلق وان كان الطلاق

واجبا أو مندوبا شرعا ، فانه يقع لان الله تعالى لا يشاء امساكها ولا عدم طلاقها واذا قال : أنت طالق ألا أن يشاء الله ولم يقل حبسك ولا عدم طلاقك فيحتمل ألا أن يشاء الله طلاقك ويحتمل ألا أن يشاء الله حبسك فله نيته — فان كان مراده ألا أن يشاء الله عدم طلاقك أو لم تكن نية فانه يرجع الى معرفة حكم الطلاق الى ما ذكر من حيث الوجوب والندب أو الحظر والكراهة وان كان مراده ألا أن يشاء الله طلاقك يقع الطلاق اذ لا معنى للاستثناء حينئذ .

وهم يعتبرون المجلس فى التعليق على مشيئة الله تعالى ولا يعتبرون الطلاق واقعا أو غير واقع على الفور وهم ينظرون فى ذلك الى أن التعليق على مشيئة الله تعالى وان كان مجرد تعليق وليس فيه تمليك ألا أن الزوج هو الذى يستطيع أن يبين ما اذا كان الطلاق محظورا أو مطلوبا شرعا وبالتالى يستطيع أن يبين هل تحققت المشيئة أو لم تتحقق وذلك يستلزم تراخيا فكان لابد من اعتبار المجلس .

واذا علق الطلاق على مشيئة نفسه ، قيل لا يعتبر المجلس اذ لا تمليك ولا داعى للتراخى فهو يستطيع أبداء مشيئته ايجابا أو سلبا فيعتبر وقوع الشرط فقط ، وقيل يعتبر المجلس لان الامر يتعلق بالنفس والقلب فأن وجد الرضى والاطمئنان طلقت وان وجد الكراهية أو لم يجد شيئا لا رضا ولا كراهية لم تطلق ... وان علق الطلاق بمشيئتها فقالت شئت وهى كاذبة يقع الطلاق فى الظاهر لاخبارها بالمشيئة وهل يقع فى الباطن أو لا ؟ وجهان الاول لا يقع لان الطلاق معلق بمشيئة القلب ولم يحصل ، والثانى يقع لان الشرط قد وجد بقولها شئت ورجحه الامام والمختار الاول .. ويعتبر المجلس هنا لانه تعليق للطلاق بمشيئتها وتمليك ايقاعه لها ، وهى فى حاجة الى التروى والتفكير للبحث عن حقيقة شعورها .

وان علق الطلاق بمشيئة غير الله تعالى بأن قال : أنت طالق ألا أن يشاء أبوك ، فان الامر يتعلق بمشيئته فان شاء امساكها لا تطلق وان شاء طلاقها طلقت وكذا ان سكت ولم يبد المشيئة لانه جعل الاستثناء ظهور المشيئة فلا فرق بين أن يظهرها أو لا يظهرها لانتفاء الاستثناء فى الحالين ولان الظاهر فى حال السكوت انه لم يشأ امساكها . ولا حكم لمشيئة المجنون والصبى غير المميز أما الصبى المميز فتعتبر مشيئته وفى السكران خلاف ويعتبر المجلس إن كان الغير المعلق على مشيئته حاضرا ، وان كان غائبا اعتبر مجلس بلوغه الخبر .

وان قال : أنت طالق لولا الله أو لولا أبوك لم يقع طلاق أصلا لان معنى لولا امتناع الشىء لوجود غيره فكأنه قال : لست طالقا لوجود أبيك وقد قيل لم صححتم هذا الاستثناء مع أنكم لم تصححوا الاستثناء المستغرق وهما متماثلان فى الاستغراق وأجيب بأن هذا

الاستثناء فيه معنى الشرط كأنه قال : أنت طالق ان لم يشأ أبوك وبأن هذا الاستثناء فى التحقيق غير مستغرق .

وأدوات الاستثناء هى : ألا وغير وسوى وعدا وخلا وما عدا وما خلا ، وكلها للنفى ما عدا ألا فانها للنفى والاثبات فاذا قال امرأتى طالق ما أملك غير عشرة دراهم أو سوى أو عدا أو خلا أو ما عدا أو ما خلا عشرة دراهم فمعنى ذلك نفى ملك غير العشرة ولا يقتضى اثبات ملك العشرة فلا يعد كاذبا ولا يحنث اذا كان لا يملك عشرة ولا تطلق امرأته اذن لان ملك العشرة ليس داخلا فى معنى اليمين ولا هو من مفهومه .. أما ألا فانها للنفى والاثبات فلو قال : امرأتى طالق ما أملك ألا عشرة دراهم كان ذلك نفيا لملك غير العشرة واثباتا لملك العشرة فلو كان فى ملكه أقل أو أكثر من عشرة كان كاذبا ويحنث وتطلق امرأته ولو حلف امرأتى طالق لا يأكل هذه الرمانة غير زيد ، فألقيت الرمانة فى البحر لا يحنث ولا تطلق امرأته لانه يحلف على نفى أكل الغير اما أكل زيد فليس محلوفا عليه فاذا ألقيت فى البحر تحقق نفى أكل الغير المحلوف عليه ، واذا حلف امرأتى طالق لا يأكل الرمانة ألا زيد فألقيت فى البحر يحنث وتطلق امرأته ، لان الحلف على أكل زيد الرمانة مقصود له فيحنث بفواته [1] .

(١) شرح الأزهار والهامش عليه جـ٢ ص٤٢١ — ٤٢٥ الطبعة السابقة .

وقال البعض أن أدوات الاستثناء كلها للنفى والاثبات لغة وشرعا بدليل أن العرب لا تفرق بين قول : لا اله الا الله ، ولا اله غير الله أو سوى الله ، يعلم ذلك بالضرورة ولا ينكره ألا مكابر ، وقد قال الله تعالى فى أكثر من ست آيات حاكيا ما بين الانبياء وأقوامهم ومقررا : قال يا قوم اعبدوا الله ما لكم من اله غيره ، وقال على كرم الله وجهه فى نهج البلاغة : الحمد لله الذى لا اله غيره ولو كانت لمجرد النفى ما ساغ ولا استقامت الحجة للرسل على أقوامهم ، ولما ثبتت الالوهية لله بهذا التركيب وذهب بعض آخر الى أن — ألا للنفى فقط كغير وسوى ، ورد بأنه لو كان كذلك ما صلحت كلمة لا اله الا الله — للتوحيد ونوقش فى هذه وفى الاحتجاج السابق للبعض فى غير وسوى ، بأن هذه الامور لا تفيد الاثبات بظاهر اللفظ ووضعه اللغوى وانما تقيده من قوانين أخرى .. والعبرة فى ذلك كله بالعرف والعرف يفهم من التراكيب المذكورة فى ألا وفى غيرها ، النفى والاثبات .

مذهب الامامية :

ذكر الامامية أن من فسر الطلقة بأكثر من الواحدة كأن يقول : أنت طالق ثلاثا أو ثنتين يلغو التفسير وتقع طلقة واحدة بقوله أنت طالق ، ولان الطلاق الثلاث فى مجلس واحد كقوله أنت طالق ثلاثا يقع به طلاق واحد ، وقيل يبطل الجميع ولا يقع به شىء لانه بدعة لقول الصادق ، من طلق ثلاثا فى مجلس فليس بشىء .

وقالوا أن الطلاق لا يصح تعليقه على شرط وهو ما احتمل الوجود والعدم ، أو صفة وهى ما يقطع بحصوله عادة كطلوع الشمس وزوالها ، ألا أن يكون الشرط حاصلا بالفعل وقت التلفظ بالطلاق لانه حينئذ يكون تنجيزا — ومن الشرط تعليقه على مشيئة الله تعالى ، فلا يصح تعليقه عليها ، ويكون باطلا [١] .

وبهذا يكون مجال الاستثناء فى الطلاق بنوعيه عندهم منعدما ومن ثم لم يتحدثوا فى الاستثناء فيه .

مذهب الاباضية :

يقول الاباضية : اذا قال الزوج لزوجته : أنت طالق تطليقة ألا سدسا أو ألا نصفا أو أقل أو أكثر وان قال لها أنت طالق تطليقتين ألا واحدة أو ألا نصف تطليقة أو أقل أو أكثر وان قال لها : أنت طالق ثلاثا ألا واحدة أو ألا نصفا أو أقل أو أكثر ، أو نحو ذلك لم ينفع استثناؤه — أى فتقع واحدة فى الاول واثنتان فى الثانى وثلاث فى الثالث وان قال : أنت طالق ثلاثا الا واحدة أو الا اثنتين أو الا ثلاثا لا ينفع الاستثناء وتطلق ثلاثا فى الجميع ، وقيل اذا قال ثلاثا ألا واحدة أو الا اثنتين ينفع الاستثناء ويقع الباقى بعده وهو اثنتان أو واحدة ، ويظهر أن أصحاب هذا الرأى لا يبطلون الا الاستثناء المستغرق فقط .

(١) الروضة البهية جـ ٢ ص ١٤٨ الطبعة السابقة .

التعليق على المشيئة :

اذا قال : طلقتك ان شاء الله أو ألا أن يشاء الله طقت واحدة ، وان قال عبدى حر ان شاء الله لم يعتق وقيل يعتق وان قال : طلقتك ان شاء الملائكة أو الجن أو هذا الميت أو الجماد أو الجمل أو البقرة أو الشاة أو المجنون ونحو ذلك مما له مشيئة لا يتوصل اليها وما لا مشيئة له طلقت ، وان قال : ان شاء الطفل فقال : شئت طلقت وان قال ان شاء جبريل طلقت وقيل لا حتى تعلم مشيئته وتوقف بعض ، والصحيح الاول .

وان قال : ان شاء فلان فقال فلان شئت طلقت وان مات قبل أن تعلم مشيئته لم تطلق ، وان علق على مشيئة الزوجة وقالت شئت طلقت ، وان علق على مشيئة نفسه رجع الامر الى إختياره [٢] .

أحكام الاستثناء فى اليمين

مذهب الحنيفة :

والاستثناء [٣] نحو أن يقول أن شاء الله أو الا أن يشاء الله أو ما شاء الله أو الا أن يبدو لى غير هذا ، أو الا أن أرى غير هذا أو ألا أن أحب غير هذا ، أو قال : أن أعاننى الله أو يسر الله أو قال : بمعونة الله أو بتيسيره ونحو ذلك

(٢) شرح النيل جـ ٣ ص ٣٠٤ — ٣٠٧ طبع يوسف البارونى وشركاه .
(٣) البدائع للكاسانى من كتاب الايمان جـ ٣ ص ١٥ الطبعة السابقة .

.. فأن قال شيئا من ذلك موصولا لم تنفذ اليمين وان كان مفصولا انعقدت .

وفى موضع آخر : والاستثناء نوعان : استثناء وضعى واستثناء عرفى ، أما الوضعى فهو أن يكون بلفظ موضوع للاستثناء وهو كلمة الا وما يجرى مجراها وأما العرف فهو تعليق بمشيئة الله تعالى وانه ليس باستثناء فى الوضع لانعدام كلمة الاستثناء بل الموجود كلمة الشرط الا انهم تعارفوا اطلاق اسم الاستثناء على هذا النوع .

وحقيقة النوع الثانى أنه تعليق بالشرط الا أن الشرط فيه لا يوقف عليه ولا يعلمه أحد ومن ثم لا يحصل المعلق عليه وبالتالى كان فيه تعطيل ورفع للحكم ومن الشروط التى تعم النوعين الاتصال العرفى بأن لا يفصل بينهما فاصل عرفا من غير ضرورة وهل من الشروط أن يكون مسموعا ... ذكر الكرخى أنه ليس بشرط حتى لو حرك لسانه وأتى بحروف الاستثناء يصح وان لم يكن مسموعا لان الكلام هو الحروف المنظومة وقد وجدت ، فأما السماع فليس بشرط لكونه كلاما فان الاصم يصح استثناؤه وان كان لا يسمع ... وذكر أبو جعفر الهندوانى أنه شرط ولا يصح الاستثناء بدونه لان الحروف المنظومة وان كانت كلاما عند الكرخى فهى عندنا دلالة على الكلام وعبارة عنه لا نفس الكلام فى النائب والشاهد جميعا فلم توجد الحروف المنظومة هنا لان الحروف لا تتحقق بدون الصوت فالحروف المنظومة لا تتحقق بدون الاصوات المتقطعة بتقطيع خاص ، فاذا لم يوجد الصوت لم توجد الحروف فلم يوجد الكلام عند الكرخى ولا دلالة الكلام عندنا فلم يكن استثناء .

والصحيح ما ذكره الفقيه أبو جعفر .

ويختص النوع الاول وهو الاستثناء الوضعى بشرط عدم الاستغراق لان الاستثناء يجرى مجرى التخصيص والتخصيص يجرى على بعض أفراد العموم لا على الكل اذ يكون نسخا حينئذ لا تخصيصا وهذا اذا كان بلفظ المستثنى منه أو بما يساويه فى الدلالة اللغوية بحسب الوضع كلفظ نسائى وزوجاتى ولفظ عبيدى ومماليكى ، اما اذا كان بلفظ آخر غير لفظ الصدر وليس مساويا له فى الدلالة اللغوية بحسب الوضع وان كان مساويا له فى الدلالة الخارجية ، فانه يصح الاستثناء ولو كان مستغرقا اذ يكفى توهم ان هناك باقيا بحسب اللفظ فى صحة الاستثناء .

وأما النوع الثانى من الاستثناء فهو التعليق على مشيئة الله تعالى ، وهو يرفع الحكم ويمنع الانعقاد بالنسبة لما حصل فيه التعليق يمينا أو طلاقا أو عتقا أو غيرها ، قال الله عز وجل خبرا عن موسى عليه وعلى نبينا أفضل الصلاة والسلام (ستجدنى ان شاء الله صابرا ولا أعصى لك أمرا) وصح استثناؤه حتى لم يصر بترك الصبر مخلفا فى الوعد ولولا صحة الاستثناء لصار مخلفا فى الوعد

بالصبر ، والخلف فى الوعد لا يجوز والنبى معصوم وقال سبحانه وتعالى (ولا تقولن لشىء انى فاعل ذلك غدا الا أن يشاء الله) أى ألا أن تقول ان شاء الله ولو لم يحصل به صيانة الخبر عن الخلف فى الوعد لم يكن للأمر به معنى • وروى عن رسول الله صلى الله عيه وسلم أنه قال : من حلف على يمين وقال ان شاء الله فلا حنث عليه ، وهذا نص فى الثانية ، وروى أنه قال من حلف بطلاق أو عتق وقال ان شاء الله فلا حنث عليه ، والحلف بالطلاق أو العتاق نوع من اليمين وروى أنه صلى الله عليه وسلم قال : من استثنى فله ثنياه •

واذا قال : والله لا أفعل كذا الا ان أستطيع •• فأن عنى استطاعة الفعل وهو المعنى الذى يقصد فلا يحنث أبدا لانها مقارنة للفعل عندنا فلا توجد ما لم يوجد الفعل •• وأن عنى به استطاعة الاسباب وهى سلامة الالات والاسباب والجوارح والاعضاء فان كانت له هذه الاستطاعة فلم يفعل حنث وألا فلا •• وهذا لان لفظ الاستطاعة يحتمل كل واحد من المعنيين لأنه يستعمل فيهما قال الله تعالى (ما كانوا يستطيعون) وقال عز وجل (انك لن تستطيع معى صبرا) والمراد منه استطاعة الفعل • وقال تعالى (ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا) وقال سبحانه وتعالى (فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا) والمراد منه استطاعة سلامة الاسباب والآلات ••• فأى ذلك نوى صحت نيته وان لم يكن نية يحمل على استطاعة الاسباب وهو أن لا يمنعه مانع من العوارض والاشتغال لانه يراد بها ذلك فى العرف والعادة فعند الاطلاق ينصرف اليه وهذا ظاهر فى أن الاطلاقين متساويان وأنه اذا نوى أحدهما صحت نيته وصدق فيهما على الاطلاق بلا فرق بين الديانة والقضاء •

لكن جاء فى تنوير الابصار وشرحه [1] : حلف ليأتينه غدا ان استطاع فهى استطاعة الصحة أى سلامة آلات الفعل المحلوف عليه وصحة أسبابه ، والمراد بالآلات الجوارح فالمريض ليس بمستطيع ، والمراد بصحة الاسباب التهيؤ لارادة الفعل مختارا ، فالممنوع غير مستطيع فتقع عند الاطلاق على رفع الموانع المعنوية والحسية كالمرض والسلطان والجنون والنسيان وأن نوى القدرة الحقيقية المقارنة للفعل صدق ديانة لا قضاء على الأوجه لانه خلاف الظاهر •• وفى الفتح : وقيل يصدق ديانة وقضاء لانه نوى حقيقة كلامه •• لان اسم الاستطاعة يطلق بالاشتراك على كل من المعنيين والأول أوجه لأنه وان كان مشتركا بينهما لكن تعورف استعماله عند الاطلاق عن القرينة لاحد المعنيين بخصوصه فصار ظاهرا فيه بخصوصه فلا يصدقه القاضى بخلاف الظاهر •

فان ما جاء فى ابن عابدين صريح فى أن نية القدرة الحقيقية المقارنة للفعل من

---

(١) تنوير الابصار وشرحه الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه جـ ٣ ص ١٢٥ الطبعة الاميرية •

لفظ الاستطاعة بنية خلاف الظاهر ومن ثم يصدق المتكلم فى أنه أراد ذلك ديانة لا قضاء .

وفى شروح الهداية أن من حلف يمينا على شيء من فعل أو ترك وقال أن شاء الله متصلا بيمينه بأن قال : والله لا أوخل دار فلان غدا أن شاء الله أو والله لاصومن غدا ان شاء الله — فلا حنث عليه فى ذلك ان فعل المحلوف عليه فى الاول أو لم يفعله فى الثانى لعدم انعقاد اليمين مع الاستثناء وكذلك اذا أتى بصيغة النذر مع الاستثناء بأن قال : لله على أن أصوم غدا ان شاء الله لم يلزمه شيء لعدم انعقاد النذر .

وهذا قول أكثر أهل العلم ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم فيما روى عن ابن مسعود وابن عباس وابن عمر رضى الله عنهم (من حلف على يمين وقال : ان شاء الله فقد بَرَّ فى يمينه) . وقوله صلى الله عليه وسلم (من حلف على يمين وقال : ان شاء الله فلا حنث عليه) رواه أبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه وقال الترمذى : حديث حسن .. ولانه تعليق للمحلوف عليه بمشيئة الله تعالى ، فان من قال : والله لا أخرج اليوم ان شاء الله فقد علق خروجه بمشيئة الله تعالى فاذا خرج لا يحنث اذ المعنى ان شاء الله عدم الخروج لا أخرج فاذا خرج تبين أن الله تعالى لم يشأ عدم الخروج (١) .

(١) الفتح ج ٤ ص ٢٨ ، ٢٩ .

وكما أن الاستثناء بالمشيئة يمنع انعقاد اليمين والنذر ويبطل حكمهما فأنه يبطل كل ما يتعلق بالقول اذا استعمل فى انشاء العقود والتصرفات والالتزامات بصيغة الاخبار كان ذلك فى العبادات كالنذر فى الطاعات والقرب وكالاعتاق أو فى المعاملات كالطلاق والاقرار أما اذا كان بصيغة الامر كأن يقول اعتقوا عبدى بعد موتى أن شاء الله ، أو بصيغة النهى كأن يقول لوكيله لاتبع لفلان ان شاء الله فان الاستثناء لا يصح ويبقى الامر والنهى قائمين ويكون للمأمور أن يعتق العبد ، ويكون على الوكيل ألا يبيع لفلان ... وقد أشير الى ذلك وذكر الفرق فى أول الكلام على أحكام الاستثناء فى الطلاق .

والاستثناء تصرف لفظى يتعلق بالاقوال والالفاظ على الوضع المذكور وبالصورة المشار اليها أما الاعمال التى محلها القلب كالنية فلا يتعلق بها استثناء ولا تجرى فيها أحكامه ، فاذا نذر نذرا مطلقا أن يصوم أو تعلق بذمته صوم يشترط فيه تبييت النية من الليل ، وعند حصول النية تلفظ بها مع استثناء متصل أى قال ان شاء الله متصلا بالنية — فأن هذا الاستثناء لا يؤثر فى النية ولا يبطلها فلو بقى على هذه النية التى اتصل بها الاستثناء وصام فعلا صح صومه لتحقق شرط النية الصحيحة فيه .

وقد قال البعض ان ذكر المشيئة عند نية العبادة ليس للاستثناء وانما هو للتبرك

واستمداد العون من الله تعالى على أداء العبادة وقال انه اذا أراد حقيقة الاستثناء يصح وتبطل النية ولا يصح الصوم لفقدان شرط النية الصحيحة لانه يكون استثناء حقيقة تعلق بعبارة النية وارتبط بلفظها فيترتب عليه حكمه (١) .

وقد رأينا فيما ذكره صاحب البدائع وفى صيغ الاستثناء التى ذكرها كاستثناء يلحق باليمين أنها تشمل الاستثناء بنوعيه الوضعى أى ما يكون بألا أو احدى أخواتها والعرفى أى ما يكون تعليقا على مشيئة الله تعالى وربطا بها .

وقد ذكر فقهاء الحنفية فروعا كثيرة فى أبواب اليمين المختلفة استثنى فيها الحالف بعضا مما حلف عليه ، وتناوله بصيغة يمينه بالا أو احدى أخواتها واعتبروا هذا الاستثناء صحيحا ورتبوا عليه حكمه وقرروا فى المستثنى حكما يخالف حكم المستثنى منه .

من ذلك : اذا حلف لا يخرج ألا الى جنازة ثم خرج اليها قاصدا عند انفصاله من باب داره من الداخل الى الخارج الخروج الى الجنازة ثم أتى وهو فى الخارج أمرا آخر لا يحنث لانه حلف على الخروج وهو عام يشمل أى خروج لأى غرض فيحنث به واستثنى الخروج على قصد الجنازة فلا يحنث فيه — وأتيانه أمرا آخر بعد الخروج للجنازة ليس فيه خروج لهذا الامر فلا يحنث بذلك وكذلك قالوا : اذا حلف على زوجته بالطلاق قائلا ان خرجت ألا الى المسجد فأنت طالق فخرجت تريد المسجد ثم بدالها فذهبت الى غير المسجد لم تطلق اذ الوضع فيه كما فى سابقه ومن ثم اتحد الحكم فيهما واذا حلف على زوجته بالله بأن قال : والله لا تخرجى ألا بأذنى أو بالطلاق بأن قال : ان خرجت ألا بأذنى فأنت طالق صح وشرط لكل خروج اذن واذا خرجت بأذنه فلا حنث واذا خرجت بدون اذنه حنث ألا أن تكون مضطرة للخروج لحصول هدم أو غرق أو حريق أو وقوع فرقة بينهما ، ولو نوى الاذن مرة واحدة صدق ديانة لانه محتمل كلامه ولا يصدق فى القضاء لانه خلاف الظاهر ، ولو قال : حتى آذن لك يكفى الاذن مرة وتنحل اليمين بخلاف الاستثناء فانه استثنى فيه من كل خروج خروجا مصحوبا باذن ، ولا يقال — ان الحالف فى هذه الفروع عبر بقوله لا تخرج أو لا تخرجى ثم استثنى والاستثناء معيار العموم ، والمقرر أن الفعل لا يعم ولا يتنوع اذ العموم للاسماء لا للافعال فكيف يصح هذا الاستثناء لا يقال ذلك لان التنوع والعموم فى الفعل هنا انما هو بواسطة المصدر لا أصالة والمصدر وهو الخروج يتناول كل خروج فهو قد استثنى من كل خروج خروجا مصحوبا باذن .

واذا قال ان زرت زيدا ألا أن يقدم أخوه من السفر فأمرأتى طالق — قالوا اذا زاره قبل قدوم أخيه يقع الطلاق وأن زاره بعد القدوم لا يقع بناء على

(١) ابن عابدين جـ ٣ ص ١٠٩ ، ص ١١٠ الطبعة السابقة .

قوله (ألا أن) للغاية كأنه قال : حتى يقدم أخوه ، وهو اذا قال ذلك ينتهي اليمين بالقدوم فلا يحنث فيما بعد ..

وقال صاحب الفتح ان فى ذلك التأويل والتقدير شيئا وهو أن (ألا) من أدوات الاستثناء والاستثناء فى مثل هذا يكون من عمو م الاوقات أو الاحوال على معنى ، امرأته طالق فى جميع الاوقات أو الاحوال ألا وقت قدوم أخيه أو ألا حال قدوم أخيه فيقتضى أنه لو كلمه بعد القدوم يحنث أيضا كما فيما قبله لانه لم يخرج من أوقات وقوع الطلاق ألا وقت قدوم أخيه .

وهكذا فى كثير من الفروع يصحح الفقهاء الاستثناء بألا أو احدى أخواتها فى اليمين ويرتبون عليه حكمه ..

الاستثناء بالنية :

قال فقهاء الحنفية أن نية تخصيص العام تصح ديانة لا قضاء خلافا للخصاف فانها تصح عنده قضاء أيضا .. فقد ذكروا أنه اذا حلف لا يأكل طعاما أو لا يشرب شرابا أو لا يلبس ثوبا بأن قال : ان أكلت طعاما أو شربت شرابا أو لبست ثوبا فامرأتى طالق أو فعبدى حر . ثم قال انه نوى طعاما معينا كالخبز أو نوى شرابا معينا كاللبن أو نوى ثوبا من القطن مثلا فانه يصدق فى قوله هذا ديانة لأنه ذكر لفظا عاما قابلا للتخصيص ، وهو قوله — طعاما أو شرابا — وكلها نكرة وقعت فى سياق الشرط فتعم كالنكرة فى سياق النفى فصح تخصيص هذا العام بالنية فاذا قال نويت معينا بما حلفت عليه قبل منه ذلك وصدق فيه ديانة أى فيما بينه وبين الله تعالى باجماع فقهاء الحنفية ، ولا يصدق قضاء أى لا يصدقه القاضى اذا كان فى خصومة وتوجهت عليه اليمين وحلف بصيغة العام وقال نويت به معينا وقال الخصاف يصدق قضاء أيضا ، وقد قيل انه اذا كان محلفه ظالما وحلف ونوى تخصيص العام وعلم القاضى بحالة لا يقضى عليه بل يصدقه أخذا بقول الخصاف وفى ابن عابدين قال فى الفتاوى الهندية عن الخلاصة ما حاصله : أراد السلطان استحلافه بأنك ما تعلم غرماء فلان وأقرباءه ليأخذ منهم شيئا بغير حق لا يسعه أن يحلف والحيلة أن يذكر اسم الرجل وينوى غيره وهذا صحيح عند الخصاف لا فى ظاهر الرواية فان كان الحالف مظلوما يفتى بقول الخصاف .

ونية تخصيص العام نوع من الاستثناء وصورة من صوره ، اذ هى اخراج بعض ما تناوله اللفظ ولولا هذا الاخراج لدخل .

والحنفية متفقون على أن العرف اللفظى مخصص للعام ، وقال بعضهم ان العرف العملى كذلك مخصص للعام كحرمت الطعام على نفسى وعرفهم وعادتهم أكل البر انصرف اليه كالعرف

اللفظى فى الدراهم على النقد الغالب • وفى بحث التخصيص من التحرير فى قول الحنفية للكمال ابن الهمام « مسألة » العادة العرف العملى مخصص عند الحنفية خلافا للشافعية ، وقد حكى اختلاف الحنفية فى ذلك •

غير أن التخصيص بالعرف اللفظى أو العملى ليس استثناء ولا يعد من بابه هنا اذ لا دخل للمتكلم فى هذا التخصيص وانما هو فى تطبيق الفقيه والمفتى •

مذهب المالكية :

الاستثناء فى اليمين عند المالكية يكون بالمشيئة ويكون بألا أو احدى أخواتها — وهو بالمشيئة يكون بان شاء الله أو لا أن يشاء الله كأن يقول : والله لأفعلن كذا ان شاء الله — أو والله لا أفعل كذا الا أن يشاء الله واطلاق الاستثناء على ان شاء الله حقيقة عرفية وان كان مجازا فى الاصل لانه فى الحقيقة شرط ، ويكون فى الحلف بالله فقط يمينا منعقدة كأن يحلف على أمر مستقبل لقصد البر كما فى المثالين المذكورين أو يمينا غموسا وهى ما يحلف على أمر اثباتا أو نفيا مع تيقن الكذب أو مع الشك أو الظن فى حصول المحلوف عليه نحو والله ان زيدا قد جاء أو أن محمدا قد نجح مع أنه لم يجىء أو لم ينجح أو مع الشك أو الظن بذلك ومثل الا أن يشاء ، الا أن يريد الله أو الا أن يقضى الله على الأظهر ، اذ قد وقع خلاف فى هذين اللفظين والأظهر الجواز كما فى المشيئة ويكون الاستثناء بان شاء الله فى النذر المبهم وهو الذى لم يعين مخرجه نحو على نذر لا أفعل كذا أو لأفعلن كذا ان شاء الله والاستثناء على هذه الصورة يفيد الحالف وتكون نتيجته عدم لزوم الكفارة فى اليمين عند الحنث وهذا باتفاق واختلف فى حله اليمين وازالتها من أصلها على قولين ، وتظهر فائدة الخلاف فيمن حلف واستثنى ثم حلف انه ما حلف ، وفيمن حلف انه لا يحلف ثم حلف واستثنى فيحنث فيهما على رأى من يقول انه يرفع الكفارة ولا يحل اليمين ، ولا يحنث على الرأى الثانى القائل انه يحل اليمين ويرفع الكفارة واذا حلف لا يكفر فحلف واستثنى فلا شىء عليه فيهما •

والاستثناء بألا أو احدى أخواتها وهى خلا وعدا وحاشا وليس ولا يكون مثل والله لا أدخل دار زيد الا أن يشاء الله أو ما خلا الله أو ما حاشا الله أو ماعدا الله • أو ليس الله ، أو لا يكون الله •• وكذلك ما فى معنى الاستثناء من شرط أو صفة أو غاية مثل والله لا أدخل دار زيد ان كان فيها أو لا أدخل دار زيد الجديدة أو الفلانية أو مدة غيبته أو مرضه أو الى آخر الشهر •

ويكون هذا النوع من الاستثناء فى الحلف بالله تعالى فقط أيضا ويعم جميع صوره ومتعلقاته مستقبله أو ماضيه منعقدة كانت اليمين أو غموسا فمن حلف

ليشربن ماء البحر الا أكثره أو ليحملن الجبل شيئا منه على اعتبار أن بدل البعض استثناء فى المعنى لا أثم عليه فى اليمين وهذه هى فائدة الاستثناء فى ذلك ، وقيل ان هذا النوع من الاستثناء يجرى فى جميع الايمان سواء كانت بالله تعالى على نحو ما ذكر أو كانت بالطلاق نحو أنت طالق ثلاثا ان دخلت الدار الا واحدة أو بالعتق ، نحو عبيدى أحرار ان صاموا رمضان الا واحدا فان هذا الاستثناء ينفع ويترتب عليه حكمه فتطلق ثنتين ويعتق العبيد الا واحدا وحينئذ يختص الاستثناء بالاستثناء بالا دون المشيئة لانها لا تعمل فى الطلاق والعتق عندهم

ويشترط لاعتبار الاستثناء وترتب أثره عليه سواء كان بالمشيئة أو بألا أو اخواتها أن يكون متصلا والمعتبر اتصاله بالمقسم عليه حيث تعلق الاستثناء به نحو والله لأشربن البحر الا أكثره أو الا أن يشاء الله واما أن تعلق بالمقسم به كما فى الطلاق حيث يكون الاستثناء بألا أو احدى أخواتها فهل لا بد من اتصاله بالمقسم به نحو عليه الطلاق ثلاثا الا واحدة لا يفعل كذا أو ليفعلن كذا أو يكتفى باتصاله بالمقسم عليه نحو عليه الطلاق ثلاثا بألا يفعل كذا أو ليفعلن كذا الا واحدة ، خلاف فان لم يتصل الاستثناء على النحو المذكور لم يفد ولا يترتب عليه حكم سواء فى المشيئة أو الاستثناء بالاداة ، ويغتفر الفصل لعارض لا يمكن دفعه كسعال أو عطاس أو انقطاع نفس أو تثاؤب وان اجتمعت هذه الأمور أو تكررت أما الفصل بأجنبى كرد السلام أو حمد العاطس أو تشميته فانه يضر .

وان ينوى الاستثناء لا أن جرى على لسانه سهوا فلا يفيد حينئذ مشيئة كان أو غيرها .

وان يقصد بالاستثناء حل اليمين من أول النطق بالله أو فى أثناء اليمين أو بعد فراغ من اليمين بدون فصل ولو بتذكر آخر كأن يقول شخص للحالف وهو يحلف : قل الا أن يشاء الله فيقولها عقب فراغه من المحلوف عليه دون فصل ، فان فعل ذلك نفعه الاستثناء وترتب عليه حكمه . وهذا احتراز عن ذكر الاستثناء بقصد التبرك بان شاء الله وعن عدم القصد لشىء . وان ينطق بالاستثناء ولو سرا بحركة اللسان . وهذا اذا لم يكن الحلف فى حق وجب عليه أو شرط فى نكاح أو عقد بيع ، فان كان الحلف فى شىء من ذلك لم ينفعه الاستثناء سرا بحركة اللسان وتلزمه الكفارة شرعا وهذا عند سحنون وأصبغ وابن المواز لأن اليمين حينئذ على نية المحلف عندهم وهو لا يرضى بالاستثناء فلو قيل ينفع الاستثناء سرا يكون على غير رضاه ويكون مضرا به وهذا لا يجوز ، وخالف ابن القاسم فى العتبية وقال ينفع الاستثناء فيما ذكر ولو سرا فلا تلزمه الكفارة وان كان يحرم عليه بمنعه حق الغير ، وما قاله ابن القاسم خلاف المشهور .

ولا يشترط التلفظ بالاستثناء ولو سرا

فى حلف الشخص بقوله : الحلال على حرام أو كل حلال على حرام لا أفعل كذا أو لأفعلن كذا ، اذا قصد الحالف اخراج زوجته من هذا اليمين بحيث لا تحرم عليه ولا يلزمه فيها شىء اذا حنث فى يمينه بفعل المحلوف عليه فى الأول أو بعزمه على عدم الفعل فى الثانى • لا يشترط التلفظ بالاستثناء فى هذا بل تكفى فيه النية أولا أى قبل التلفظ باليمين أو فى أثناء النطق به على الخلاف فى ذلك ولو مع قيام البينة واختلف هل يحلف على ما ادعاه من الاخراج والعزل أو لا يحلف ويصدق بمجرد دعواه العزل والاخراج الا أن يكون الأمر متعلقا بوثيقة حق فلا ينفعه العزل على الأصح •

فاذا قال الحالف : الحلال على حرام أو كل حلال على حرام لا أفعل كذا أو لأفعلن كذا ونوى عزل زوجته واخراجها من هذا اليمين وقصد به ما عداها من الحلال ، ثم حنث فى يمينه بأن فعل المحلوف عليه فى الأول أو عزم على عدم فعله فى الثانى لا تحرم الزوجة لأن اللفظ العام وهو الحلال أو كل أريد به الخصوص وهو ما عدا الزوجة بخلاف الاستثناء فانه لا خراج ما تناوله اللفظ أو لا فهو من العام المخصوص وهو الذى عمومه مراد تناولا لا حكما لقرينة التخصيص بالاستثناء وليست المسألة المذكورة من قبيل الاستثناء لانعدام القرينة اللفظية الدالة على عدم تعلق الحكم فيها بالزوجة اذ النية أمر خفى لا اطلاع لأحد عليه •

واشترط سبق النية على التلفظ باليمين أو مقارنتها للنطق به على الخلاف كما ذكرنا لأنها لو تأخرت عن اليمين وطرأت بعد النطق به لا تكفى ولا بد من الاستثناء نطقا متصلا مستوفيا جميع الشروط التى أشير اليها •

وهذه المسألة تسمى عند فقهاء المالكية — المحاشاة لأن الحالف فيها حاشا الزوجة أولا وأخرجها من يمينه • وهل المحاشاة قاعدة مطردة وان مسألة الحلال على حرام أو كل حلال على حرام فرد من أفرادها وصورة من صورها أو انها خاصة بمسألة الحلال على حرام ؟ خلاف [1] •

مذهب الشافعية :

تجمع كتب الشافعية على أن التعليق بالمشيئة كما يرفع حكم الطلاق ويمنع ثبوته — يمنع تعليق الطلاق على شرط آخر كقوله أنت طالق ان دخلت الدار ان شاء الله ، ويمنع العتق تنجيزا كقوله : أنت حر ان شاء الله أو تعليقا كقوله : أنت حر ان صمت رمضان ان شاء الله ويمنع اليمين كقوله : والله لأفعلن كذا ان شاء الله والنذر كقوله : لله على أن أصوم غدا ان شاء الله ، وكل تصرف غير ما ذكر من كل عقد وحل واقرار ونية عبادة •• وهذا صريح فى أن الشافعية يصححون الاستثناء بالمشيئة فى نية العبادة

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه جـ ٢ ص ١٢٦ وما بعدها طبعة الحلبى .

ويقولون ان المشيئة تمنع انعقاد هذه النية فلو انه تلفظ بنية الصوم وقال ان شاء الله متصلا بطلت المشيئة على خلاف ما ذكرناه عن الحنفية .

وقد جاء فى كتاب الأم للامام الشافعى رضى الله تعالى (١) عنه قيل للشافعى رحمه الله تعالى : فانا نقول فى الذى يقول : والله لا أفعل كذا وكذا ان شاء الله — انه ان كان أراد بذلك الثنيا فلا يمين عليه ولا كفارة ان فعل وان لم يرد بذلك الثنيا ، وانما قال ذلك لقول الله عز وجل : « ولا تقولن لشىء انى فاعل ذلك غدا الا أن يشاء الله » أو قال : ذلك سهوا أو استهتارا فانه لا ثنيا ، وعليه الكفارة ان حنث وهو قول مالك رحمه الله تعالى ، وانه ان حلف فلما فرغ من يمينه فسق الثنيا بها ، أو تدارك اليمين بالاستثناء بعد انقضاء يمينه ولم يصل الاستثناء باليمين. فانه ان كان فسقا بها تباعا فذلك له استثناء وان كان بين ذلك صمات فلا استثناء له .

قال الشافعى رحمه الله تعالى : من قال والله أو حلف بيمين ما كانت بطلاق أو عتاق أو غيره أو أوجب على نفسه شيئا ثم قال ان شاء الله موصولا بكلامه فقد استثنى ولم يقع عليه شىء من اليمين وان حنث ، والوصل أن يكون كلامه فسقا وان كان بينه سكتة كسكتة الرجل بين الكلام للتذكر أو العى أو النفس أو انقطاع الصوت ثم وصل الاستثناء فهو موصول .. وانما القطع ان يحلف ثم يأخذ فى كلام ليس من اليمين من أمر أو نهى أو غيره أو يسكت السكات الذى يبين أنه يكون قطعا فاذا قطع ثم استثنى لم يكن له الاستثناء .. فان حلف فقال : والله لأفعلن كذا وكذا الا أن يشاء فلان فله أن يفعل ذلك الشىء حتى يشاء فلان فان مات أو خرس أو غاب لم يفعل .. وان قال : لا أفعل كذا وكذا الا أن يشاء فلان فليس له أن يفعل ذلك الشىء الا أن يشاء فلان فان مات فلان أو خرس لم يكن له أن يفعل ذلك الشىء حتى يعلم ان فلانا شاء قال الشافعى رحمه الله تعالى : وان حلف فقال : والله لأفعلن كذا وكذا لوقت الا أن يشاء فلان لم يحنث ان شاء فلان ، وان مات فلان أو خرس أو غاب حتى يمضى وقت يمينه حنث لأنه انما يخرجه من الحنث مشيئة فلان .. ولو كانت المسألة بحالها فقال : والله لا أفعل كذا وكذا الا أن يشاء فلان .. لم يفعل حتى يشاء فلان ، وان غاب فلان فلم يعرف شاء أو لم يشأ لم يفعل ، فان فعله لم أحنثه من قبل انه يمكن أن يكون فلان شاء .

فالشافعية يصححون الاستثناء فى اليمين بالله تعالى أو بالطلاق والعتاق أو غير ذلك وفى النذر ويقولون ان التعليق والربط بمشيئة الله تعالى تمنع انعقاد

---

(١) كتاب الام للامام الشافعى رضى الله عنه جـ ٧ ص ٥٦ فى باب الاستثناء فى اليمين .

اليمين والنــذر ولا يحنث الحالف فى اليمين فعــل أو ترك كمــا لا يلزم النــاذر شيء ممــا أوجبــه على نفســه .. وذلك بشرط أن يكــون ذكر المشــيئة متصــلا بالكــلام باليمين لا يفصــل بينهمــا كلام ليس من اليمين أو ســكوت طــويل بدون عــذر ولا مقتض من تنفس أو عطــاس أو نحو ذلك ..

ويشــترط أن يقصــد به الاســتثناء دون التبرك أو التــأسى أو الســهو أو الاستهتار فان قال : والله لأفعلن كذا أو لا أفعــل كذا أو حلف بأى يمين أخــرى بطلاق أو عتــاق أو غــير ذلك أو أوجب على نفســه شــيئا بطــريق النــذر بأن قال : لله على أن أصوم كذا أو أتصــدق بكذا ، ثم قال : بعــد ذلك كله ان شــاء الله موصــولا بكلامــه وقصد بهــذا القــول الاســتثناء ولم يقــله على ســبيل الســهو أو الاســتهتار ولم يقصــد بــه التبرك أو الائتنــاس بالقرآن الــكريم فى قول الله : « ولا تقولن لشيء انى فاعــل ذلك غــدا الا أن يشــاء الله » اذا فعــل ذلك على هــذا الوضــع ، كان مســتثنيا ولم يقع عليــه شيء من اليمــين وان حنث ولم يلزمــه شيء ممــا أوجبــه على نفســه بالنــذر ويستــوى فى ذلك أن يتقــدم الشرط أو يتــأخر .

هــذا فى التعليق على مشــيئة الله تعــالى والــربط بهــا ، أما التعليــق على مشــيئة الشخص كقوله : والله لأسافرن ان شــاء زيد يرتبــط الامر بمشــيئة زيد فان شــاء لزمــه السفر والا حنث وان لم يشــأ لم يلزمــه السفر وان لم تعــلم مشيئته لموت أو خرس أو غيبــة لم يحنث لأنه لم يوجــد الشرط ، وهو العــلم بمشيئة زيد .

وان قال : والله لأخرجن من المنــزل الا أن يشــاء زيد فقــد ألزم نفســه الخــروج الا أن يشــاء زيد عــدم خــروجه ، فيمــا لم يشــأ زيد عــدم خروجه له ان يخــرج واذا خــرج فقــد بر فى يمينه ، واذا شــاء زيد فليس له أن يخــرج وان خــرج حنث وان جهلت المشيئة أو شــك فى حصولهــا لموت أو خــرس أو غيبة لا يخرج لأن خروجه تعلق على مشيئة زيد عــدم الخــروج أو على عــدم مشيئة زيد خروجــه ، ولم توجــد هــذه ولا تلك .

وان قال : والله لا اخــرج الا أن يشــاء زيد ، فليس له أن يخــرج الا أن يشــاء زيد خروجه ، وان جهلت المشيئة أو شــك فى حصولهــا لموت أو خــرس أو غيبــة فليس له أن يخــرج حتى يعــلم ان زيدا قــد شــاء الخروج .

وان قيــد المحلوف عليه بوقت بأن قال : والله لأخرجن اليــوم الا أن يشــاء زيد ، ثم خــرج فى اليــوم بعــد مشــيئة زيد حنث ، وان خــرج مع جهــالة المشيئة وشك فى حصــولها بقيــة اليــوم حنث لأنه انمــا يخرجه من الحنث مشيــئة زيد بالفعــل وهو ما لم يحصــل .. وان قال : والله لا أخــرج اليــوم الا أن يشــاء زيد لا يخــرج الا أن يشــاء زيد وان خــرج بدون المشــيئة حنث

وان غاب زيد فلم يعرف شاء أو لم يشأ لا يخرج لعدم التأكد من تحقق الشرط ، وان خرج لا يحنث لاحتمال تحقق الشرط وهو المشيئة ومن الممكن أن يقال ذلك فى صور الشك كلها .. ويستوى فى ذلك كله أن يتأخر الشرط عن اليمين أو يتقدم عليها (١) .

مذهب الحنابلة :

واذا حلف (٢) فقال ان شاء الله تعالى فان شاء فعل وان شاء ترك ولا كفارة عليه اذ لم يكن بين الاستثناء واليمين كلام وجملة ذلك أن الحالف اذا قال ان شاء الله مع يمينه فهذا يسمى استثناء ، فان ابن عمر رضى الله عنهما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « من حلف فقال ان شاء الله فقد استثنى » رواه أبو داود . وأجمع العلماء على تسميته استثناء ، وأنه متى استثنى فى يمينه لم يحنث فيها .. والأصل فى ذلك قول النبى صلى الله عليه وسلم : « من حلف فقال ان شاء الله لم يحنث » رواه الترمذى .. ولأنه متى قال لأفعلن ان شاء الله فقد علمنا أنه متى شاء الله فعل ومتى لم يفعل لم يشأ الله ذلك فان ما شاء الله كان وما لم يشأ لم يكن .

ويشترط أن يكون الاستثناء متصلا باليمين بحيث لا يفصل بينهما كلام أجنبى ولا يسكت بينهما سكوتا يمكنه الكلام فيه ، فأما السكوت لانقطاع نفسه أو صوته أو عى أو عارض من عطشه أو شىء غيرها فلا يمنع صحة الاستثناء وثبوت حكمه . وبهذا قال مالك والشافعى وأصحاب الرأى لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : من حلف فاستثنى ، وهذا يقتضى كونه عقيبه ، ولأن الاستثناء من تمام الكلام فاعتبر اتصاله به كالشرط وجوابه وخبر المبتدأ والاستثناء بألا .. وعن أحمد رواية أخرى أنه يجوز الاستثناء اذا لم يطل الفصل بينهما ، قال فى رواية المروزى حديث ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « والله لأغزون قريشا ثم سكت ثم قال : ان شاء الله » انما هو استثناء بالقرب ولم يخلط كلامه بغيره .. وقال قتادة : له أن يستثنى قبل أن يقوم أو يتكلم واحتج بحديث – لأغزون قريشا .

ويشترط أن يستثنى بلسانه ولا ينفعه الاستثناء بالقلب فى قول عامة أهل العلم .. لان النبى صلى الله عليه وسلم قال: (من حلف فقال ان شاء الله) والقول هو النطق . ولان اليمين تنعقد بالنية فكذا الاستثناء . وقد روى عن أحمد أنه أن كان مظلوما فاستثنى فى نفسه رجوت أن يجوز اذا خاف على نفسه ، فهذا فى حق الخائف على نفسه لان يمينه غير منعقدة أو لانه بمنزلة المتأول ، وأما فى حق غيره فلا ، وقد تقدم فى الكلام على أحكام الاستثناء

(١) كتاب الام للشافعى ج ٧ ص ٥٦ ، ص ٥٧ ومختصر المزنى على هامش الام ج ٦ ص ٢٢٥ وشرح التحفة وحواشيها ج ٨ ص ٦١ ، ص ٦٩

(٢) فى المغنى لابن قدامة الحنبلى ج ١١ ص ٢٢٦ ، ص ٢٣٢ .

فى الطلاق أن هناك ما يصح نطقا واذا نواه بالقلب يدين فيما بينه وبين الله تعالى وذلك مثل تخصيص العام أو استعمال اللفظ فى مجازه مثل أن يقول نسائى طوالق يريد بعضهن أو ينوى بقوله أنت طالق من الوثاق ، فهذا يقبل اذا نواه فيما بينه وبين الله تعالى وهل يقبل فى الحكم ؟ روايتان أحداهما يقبل لانه فسر كلامه بما يحتمله ، والثانية لا يقبل لانه خلاف الظاهر . اللهم الا أن يفرق بين الطلاق واليمين .

واشترط القاضى أن يقصد الاستثناء فلو أراد الجزم فسبق لسانه الى الاستثناء من غير قصد أو كانت عادته جارية بالاستثناء فجرى لسانه على العادة من غير قصد لم يصح الاستثناء لان اليمين لما لم ينعقد من غير قصد فكذلك الاستثناء وهذا مذهب الشافعية . وذكر بعضهم أنه لا يصح الاستثناء حتى يقصده مع ابتداء يمينه ، فلو حلف غير قاصد للاستثناء ثم عرض له بعد فراغه من اليمين فاستثنى لم ينفعه ولا يصح لان هذا يخالف عموم الخبر ، فان النبى صلى الله عليه وسلم قال : (من حلف فقال ان شاء الله لم يحنث) ولان لفظ الاستثناء يكون عقيب يمينه فكذلك نيته .

ويصح الاستثناء فى كل يمين تكون فيها الكفارة عند الحنث كاليمين بالله تعالى والظهار والنذر .. قال ابن أبى موسى من استثنى فى يمين تدخلها كفارة فله ثنياه لانها أيمان مكفرة فدخلها الاستثناء كاليمين بالله تعالى .. فلو قال : أنت على كظهر أمى ان شاء الله تعالى ، أو أنت على حرام ان شاء الله أو ان دخلت فأنت على كظهر أمى ان شاء الله . أو لله على أن أتصدق بمائة درهم ان شاء الله لم يلزمه شىء لانها ايمان فتدخل فى عموم قوله صلى الله عليه وسلم (من حلف فقال ان شاء الله لم يحنث) .

ويتفرع على ذلك انه لو قال : والله لأشربن اليوم الا ان يشاء الله أو لا أشرب الا أن يشاء الله لم يحنث بالشرب ولا بتركه لما ذكرنا من الاثبات . ولا فرق بين تقديم الاستثناء وتأخيره فى هذا كله ، فاذا قال : والله ان شاء الله لا أشرب اليوم أو لأشربن ففعل أو ترك لم يحنث لان تقديم الشرط وتأخيره سواء . وقال الله تعالى : « ان امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك ، وهو يرثها ان لم يكن لها ولد » .

أما اذا علق على مشيئة شخص فان الامر يرتبط بمشيئته وجودا وعدما ويترتب الحنث أو البر على الفعل أو الترك تبعا للمشيئة وعدمها .

فلو قال : والله لأشربن اليوم ان شاء زيد فشاء زيد لزمه الشرب ، فان تركه حتى مضى اليوم حنث ، وان لم يشأ زيد لم يلزمه يمين ، فان لم تعلم مشيئته لغيبته أو جنون أو موت انحلت اليمين لانه لم يوجد الشرط .

وان قال : والله لا أشرب الا أن يشاء زيد فقد منع نفسه الشرب ألا أن توجد مشيئة زيد فان شاء فله الشرب ، وان لم يشأ لم يشرب وان خفيت مشيئته لغيبة أو موت أو جنون لم يشرب وان شرب حنث لانه منع نفسه الا أن توجد المشيئة فلم يكن له أن يشرب قبل وجودها .

وان قال : والله لأشربن الا أن يشاء زيد فقد ألزم نفسه الشرب الا أن يشاء زيد أن لا يشرب لان الاستثناء ضد المستثنى منه والمستثنى منه ايجاب لشربه بيمينه فان شرب قبل مشيئة زيد بر فى اليمين ، وان قال زيد قد شئت أن لا يشرب انحلت اليمين لأنها معلقة لعدم مشيئته لترك الشرب ولم تنعدم فلم يوجد الشرط .. وان قال : قد شئت ان يشرب أو ما شئت ان لا يشرب لم تنحل اليمين لان هذه المشيئة غير المستثناه ، فان خفيت مشيئته لزمه الشرب لانه علق وجوب الشرب بعدم المشيئة وهى معدومة بحكم الاصل .. وان قال : والله لا أشرب اليوم ان شاء زيد فقال زيد : قد شئت ان لا تشرب فشرب حنث ، وان شرب قبل مشيئته لم يحنث لان الامتناع من الشرب معلق بمشيئته ولم تثبت مشيئته فلم يثبت الامتناع بخلاف التى قبلها .. وان خفيت مشيئته فهى فى حكم المعدومة .. والمشيئة فى هذه المواضع أن يقول بلسانه .

واذا استثنى فى الطلاق والعتاق بأن قال لزوجته : أنت طالق ان شاء الله أو قال لعبده : أنت حر ان شاء الله ، أو علق ذلك على شرط كقوله أنت طالق أو أنت حر ان دخلت الدار ان شاء الله — فقد اختلفت الروايات عن الامام أحمد رحمه الله تعالى فأكثر الروايات عنه أنه توقف فى الجواب لاختلاف الناس فيهما وتعارض الادلة . وفى موضع قطع بأن الاستثناء فيهما لا ينفع المستثنى ويقع الطلاق والعتاق لانهما ليسا من الايمان فلا يدخلان فى قول النبى صلى الله عليه وسلم (من حلف على يمين فقال ان شاء الله لم يحنث) والقول بأنهما علقا على مشيئة الله تعالى وهى لا تعلم فيقع الطلاق والعتاق غير مسلم لان مشيئة الله الطلاق تعلم متى باشر الآدمى سببه وهو اللفظ ... وعنه ما يدل على أن الاستثناء ينفع فيهما ولا يقعان وهو قول كثير من أهل العلم لعموم قوله صلى الله عليه وسلم : (من حلف على يمين فقال ان شاء الله لم يحنث — وحكى عنه أن الاستثناء لا ينفع فى العتق فيقع وينفع فى الطلاق فلا يقع وعلله رحمه الله بأن العتق لله سبحانه وتعالى بخلاف الطلاق فانه يتقرب به اليه . ولان من نذر العتق لزمه الوفاء به ومن نذر الطلاق لا يلزمه الوفاء به فافترقا ، وروى عن الامام أحمد أنه اذا علق الطلاق أو العتق على شرط بأن قال : أنت طالق ان دخلت الدار ان شاء الله ينفع الاستثناء ولا تطلق لانه يكون يمينا حينئذ ويدخل فى عموم الحديث السابق ، أما بدون تعليق فلا يسمى يمينا .

مذهب الظاهرية :

جاء فى المحلى[1] : من حلف على شىء ثم قال موصولا بكلامه ان شاء الله تعالى أو الا أن يشاء الله أو الا أن لا يشاء الله أو نحو هذا ، أو قال : الا أن أشاء ، أو الا أن لا أشاء ، أو الا أن يبدل الله ما فى قلبى ، أو الا أن يبدو لى أو الا أن يشاء فلان ، أو أن شاء فلان — فهو استثناء صحيح وقد سقطت اليمين عنه بذلك ولا كفارة عليه ان خالف ما حلف عليه • فلو لم يصل الاستثناء بيمينه لكن قطع قطع ترك للكلام ثم ابتدأ الاستثناء لم ينتفع بذلك وقد لزمته اليمين فان حنث فيها فعليه الكفارة •• ولا يكون الاستثناء الا باللفظ وأما بنية دون لفظ فلا •• لقول الله تعالى « ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان » فهذا لم يعقد اليمين ونحن على يقين من أن الله تعالى لو شاء تمام تلك اليمين لانفذها وأتمها فاذا لم ينفذها عز وجل ولا أتمها فنحن على يقين من أنه تعالى لم يشأ كونها ، وهو انما التزمها ان شاء الله تعالى ، والله تعالى لم يشأها فلم يلتزمها قط •• وكذلك اشتراطه مشيئة نفسه أو مشيئة زيد لأن مشيئته لا تعلم الا من قبله فهو مصدق فيها ومشيئة زيد لا ندرى أصدق فى دعواه أنه شاء أو لم يصدق ، ولا ندرى أيضا أصدق فى دعواه انه لم يشأ أو لم يصدق ؟ فلسنا على يقين من لزوم هذه اليمين التى حلف بها فلم يجز أن تلزمه كفارة بالشك •

وفى الحديث عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : (من حلف فقال ان شاء الله لم يحنث) ، فهذا دليل فى مشيئة الله • وروى عن ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من حلف فاستثنى فان شاء رجع وان شاء ترك غير حنث فهذا عموم لكل استثناء كما ذكرنا •

وقوله صلى الله عليه وسلم فقال : ان شاء الله ، أو فاستثنى — يقتضى القول والقول لا يكون الا باللسان ولا يكون بالنية أصلا وقال قوم ان استثنى فى نفسه أجزأه وعن ابراهيم النخعى قال : لا حتى يجهر بالاستثناء كما جهر باليمين وعن حماد فى الاستثناء ليس بشىء حتى يسمع نفسه ، وعن الحسن البصرى اذا حرك لسانه أجزأ عنه الاستثناء •• قال أبو محمد وبهذا نقول لانه قول صحيح يعنى حركة اللسان وأما وصل الاستثناء باليمين فان أبا ثور قال : لا يكون مستثنيا حتى ينوى الاستثناء فى حين نطقه باليمين لا بعد تمامها لأنه اذا أتم اليمين ولم ينو فيها الاستثناء كان قد عقد يمينه فلزمته ، ولا ينفع الاستثناء ، قال أبو محمد ولا يعترض بالنظر (الرأى) على حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد قال عليه السلام : (من حلف فقال ان شاء الله لم يحنث) فأثبت له اليمين أولا ثم أسقطها صلى الله عليه وسلم عنه بقوله فقال ان شاء الله —

(١) المحلى لابن حزم الظاهرى ج ٨ ص ٤٤ ، ٥٢ مسألة ١١٣٧ .

لأن الفــاء تعطى أن يكون الثانى بعــد الاول بلا مهلة فصح ما قلنــاه •

وقالت طائفــة : الاســتثناء جائز أبــدا متى أراد أن يســتثنى كما روى عن ابن عباس انه قال : له ثنياه بعــد كذا وكذا — قيــل بعــد سنين وقيــل بعــد أربعــة أشــهر وقيــل بعــد شهر وقيل متى ذكر ، وقيــل مادام فى المجلس — وقال بعضــهم لو كان ماقال ابن عبــاس ما لزمت أحــدا كفارة أبــدا •

واســتدل ابن حــزم على ما اختــاره من لزوم الوصــل باليمين بقوله تعــالى (ولكن يؤاخــذكم بما عقــدتم الايمان فكفارته اطعام عشرة مســاكين •••) فقد أوجب الله تعالى الكفارة على من عقــد اليمين • والحــديث المــار جعل الاســتثناء مردودا على اليمين بالفــاء فى لغــة العــرب فوجب تعقيبــا بلا مهلــة •

ويمين الابكــم واســتثناؤه لازمان على حسب طاقته من صــوت بصــوته أو اشارة تصــدر عنــه ان كان مصمتا لا يقــدر على أكثر من ذلك اذ الابكم والمصمت مخاطبــان بشرائع الاســلام كغيرهما • وقــد قال الله تعــالى (لا يكلف الله نفســا الا وسعها) وقال رســول الله صلى الله عليــه وســلم (اذا أمرتكم بأمــر فأتوا منــه ما استطعتم) توجب عليهما من التكاليف ما اســتطاعاه ولزم أن يســقط عنهما ما ليس فى وســعهما وأن يقبــل منهما ما يخبــران به عن أنفســهما حسب ما يطيقان والأيمان أخبــار من الحالف عن نفســه فيلزمهما ما التزماه •

ومن حلف ايمانا على أشــياء كثيرة على كل شىء منها يمين مثــل ، والله لا أكلت اليوم • ووالله لا كلمت زيدا • والله لا دخلت داره ونحــو ذلك فهى أيمان كثيرة ، أن حنث فى شىء منها فعليه كفارة فيــه فان عمل آخــر فكفارة أخرى فان عمــل ثالثا فكفارة ثالثة وهكذا ما زاد • لانها ايمان متغايرة وأفعــال متغايرة وأحناث متغايرة ان حنث فى يمين لم يحنث بذلك فى أخــرى بلا شــك ، فلكل يمين حــكمها •

فلو حلف كذلك ايمانا كثيرة على أشــياء كثيرة على كل منها يمين ثم قال فى آخرها ان شــاء الله أو اســتثنى بشىء ما ، فهل يرجع الاســتثناء الى كل هــذه الأيمان أو يرجع الى بعضهــا ، أو ان الامــر منوط بنيته ؟ خــلاف • قال قوم : ان كان كل ذلك موصولا يرجع الى نيته ويصــدق فيما قال فان قال : أردت بالاســتثناء جميــع الايمان فلا حنث عليه فى شىء منهــا ، وأن قال : نويت آخرها فهو كمــا قال •• وقال أبو ثور : الاستثناء راجــع الى جميــع الايمــان ، وقــال أبو حنيفة : لا يكون الاســتثناء الا لليمين التى تلى الاســتثناء جميعا على رأى الحنفيــة فى الاســتثناء والصــفة والشرط والغــاية اذا وقعت بعــد جمــل معطوف بعضها على بعض بالواو حيث قالوا انهــا ترجع الى الجملة الاخيرة •

قال أبو محمد وبهذا نأخذ ــ لانه قد عقد الأيمان السالفة ولم يستثن فيها وقطع الكلام فيها وأخذ فى كلام آخر فبطل أن يتصل الاستثناء بها فوجب الحنث فيها ان حنث والكفارة • وكان الاستثناء فى اليمين التى اتصل بها •

مذهب الزيدية :

ويصح الاستثناء فى اليمين عند الزيدية لقوله صلى الله عليه وسلم (من استثنى فله ثنياه) والثنيا بالضم ــ كالرجعى والبشرى ــ الاستثناء • سواء كان من المحلوف منه كقوله • والله لا أكلم الناس الا زيدا أو لا ألبس الثياب الا الحرير أو لا آكل الطعام الا البر حيث يحلف من الجنس العام ويستثنى بعض أفراده فالاستثناء هنا من المحلوف منه • أو كان من المحلوف عليه • كأن يحلف على نسائه ليدخلن الدار الا فاطمة • فهذا استثناء من المحلوف عليه •

ويشترط فى الاستثناء أن يكون متصلا وقول ابن عباس يصح متراخيا • وما ورد من التحديد بسنة أو أقل أو أكثر ليس القصد منه التحديد بمدة وأنما الغرض منه أن الفصل بزمن لا يضر طال هذا الزمن أو قصر •

وأن لا يكون مستغرقا للمستثنى منه • فان كان مستغرقا بطل الاستثناء وبقى المستثنى منه تابعا •• وفى حكم المستغرق كل عبد لى حر الا هذا وليس له عبد سواه • وكل زوجة لى طالق الا هذه ولا زوجة له سواها بخلاف ما لو قال : هاتان طالقتان وأشار الى زوجتين له الا هذه • أو قال زينب وفاطمة طالقتان الا فاطمة حيث لا يصح الاستثناء لانه يكون رجوعا عن الطلاق بعد وقوعه بالفعل نتيجة للتعيين بالاشارة أو بالاسم فى المستثنى منه ولانه عموم فى المستثنى منه كما هو ظاهر •

ويشترط أن يكون الاستثناء ملفوظا فلا يجوز الاستثناء بالنية الا فيما بينه وبين الله فقط حيث يجوز ويصدق فيما نواه سواء كان لفظ العام المستثنى منه والذى أريد تخصيصه بالنية أو أريد به خاص • ملفوظا ومنطوقا به فى الكلام أولا • فلو قال : والله لا آكل الطعام وقال : نويت به البر أو قال : نويت الا البر صح فيهما وصدق فيما قاله ويكون من قبيل العام الذى أريد به الخصوص فى الاول ومن قبيل العام المخصوص فى الثانى •• وكذلك لو قال : والله لا أكلم الناس وقال قصدت به عمرا أو قصدت الا عمرا • فالعام المستثنى منه مذكور ومنطوق به فى المثالين •• ولو قال : والله لا أكلم زيدا •• أو والله لا آكل •• وقال : أردت عاما فى الاول وهو لا أكلم زيدا بشىء أولا أكلمه أبدا • وأردت عاما فى الثانى وهو لا آكل شيئا ــ صح ذلك منه ويصح أن يستثنى من هذا العام المقدر ما شاء بالنية كأن يقول : عنيت الكلام فى شأن معين أو الا أشارة • أو يقول : عنيت لا آكل مطبوخا أو ألا خبزا •

وقال البعض : لا يصح الاستثناء بالنية الا اذا كان المستثنى منه ملفوظا حيث يقتصر التقدير على المخرج • أما تقدير المخرج والمخرج منه فانه يفتح بابا واسعا للتأويل والخروج من التبعات والالتزامات وليس كل انسان يخاف الله ويقدر عاقبة الامور •

ولا يقبل الاستثناء بالنية فى القضاء والحكم عند الكل لان الاحكام لا تبنى على النوايا وانما تبنى على الظاهر وهذا فى الطلاق والعتاق اذا نازعت الزوجة فى الطلاق أو نازع العبد فى العتق ولم يصادقا وقيل ان ربط القبول فى العتق بمصادقة العبد فيه نظر لأن العتق حق الله تعالى وقيل ان مصادقة العبد انما هى فى عدم حصول شرط العتق لا فى العتق نفسه • أما فى الحلف بالله تعالى فيقبل الاستثناء بالنية فى القضاء والحكم •

ولا يصح الاستثناء بالنية اذا كان المستثنى منه عددا منصوصا معينا فى النفى نحو أن يحلف لا آكل هذه العشر رمانات ونحو ذلك وينوى بقلبه الا واحدة فان النية لا تكفى هنا بل لا بد من اللفظ والا لم يصح الاستثناء •• وأما فى الاثبات فلا فرق بين العدد المعين وغير المعين فلا يبرأ الا بالجميع حيث لم يستثن وبالبعض الباقى مع الاستثناء من غير فرق بين التعيين وغيره (١) •

---

(١) شرح الازهار والهامش عليه جـ ٤ ص ٣٠ ، ص ٣١ •

مذهب الامامية :

يرى الامامية أن اتباع مشيئة الله تعالى لليمين يمنع انعقادها وبالتالى لا يكون فيها حنث ولا تجب الكفارة سواء عرفت المشيئة وجودا أو عدما أو لم تعرف • وتعرف المشيئة من متعلق اليمين اذ ينبغى أن يكون متعلقها طاعة واجبا أو مندوبا أو ترك مكروه أو حرام أو مباحا راجحا دينا أو دنيا أو متساويا ، وفيما عدا المباح هو مطلوب للشرع على سبيل الامر أو النهى فيعرف وجود المشيئة فى المطلوب على سبيل الامر وعدمها فى المطلوب على سبيل النهى • أما المباح فلا يتعلق به طلب للشارع وبالتالى لا تعرف فيه مشيئة الله تعالى وذهب البعض الى أن التعليق على المشيئة لا يمنع انعقاد اليمين الا فيما لا تعرف فيه المشيئة كالمباح دون الواجب والمندوب وترك الحرام والمكروه لانه متى عرفت مشيئة الله يجرى الامر على حسب تلك المشيئة ويرتبط بها وجودا وعدما كما فى مشيئة الانسان اذا علقت عليها اليمين • وأجيب بأن النص فى الحديث عن أثر المشيئة فى اليمين أناط الامر بقول ان شاء الله وأطلق دون نظر الى معرفة مشيئة الله تعالى وعدم معرفتها ومع وجاهة الرأى لا اجتهاد فى مقابلة النص • ويجب أن تكون المشيئة متصلة باليمين عادة فلا يضر الفصل الاضطرارى لنحو التنفس والسعال الذى لا يعتبر فاصلا عرفا • وان تكون ملفوظة منطوقا بها فلا تصح بالنية وأن يقصد الحالف اليها عند النطق بها وأن

انتفى القصد عند التلفظ باليمين أما اذا قصد المشيئة عند التلفظ باليمين ثم انتفى القصد عند النطق بها فلا يصح • ولا فرق بين ان يقصد بذكر المشيئة التعليق عليها أو يقصد التبرك لاطلاق حديث النبى صلى الله عليه وسلم (من حلف على يمين فقال ان شاء الله فلا حنث) حيث جعل المناط قول ان شاء الله دون نظر الى المقصود منه •

أما التعليق على مشيئة الغير فانه يحبس اليمين ويوقفها على تلك المشيئة ان علق عقدها عليها كقوله : لأفعلن كذا ان شاء زيد فان شاء زيد وجب الفعل ويحنث بالترك • وان لم يشأ زيد لا يجب الفعل وان جهل الشرط لسبب من الاسباب كالموت أو الخرس أو الغيبة لم ينعقد اليمين ••

وان أوقف اليمين على مشيئة زيد كقوله : لأفعلن الا أن يشاء زيد انعقدت اليمين ولزمه الفعل ما لم يشأ زيد حلها ويعلق مشيئته عدم الفعل • فلا تبطل الا أن يعلم الشرط وهو المشيئة •

وكذا فى جانب النفى كقوله : لا أفعل كذا ان شاء زيد أو الا أن يشاء زيد حيث يتوقف انتفاء الفعل على مشيئة زيد فى الاول وينتفى بدون المشيئة فى الثانى •• فلا يحرم الفعل قبل مشيئته ولا يحل قبلها (١) •

(١) الروضة البهية جـ ١ ص ٢٣٥ .

مذهب الاباضية :

يجرى الاستثناء فى اليمين عند الاباضية بأن يقول الحالف عقيب اليمين — ان شاء الله أو ان أراد أو قضى أو أذن — أو الا أن يشاء الله أو يريد أو يقضى أو يأذن — ونحو ذلك •• وهل الاستثناء عندهم يحل اليمين بعد انعقادها أو يمنع انعقادها أصلا ؟ خلاف •

وعلى هذا أو ذاك فلا حنث فى اليمين ولا كفارة مع الاستثناء ••• وجوز بعضهم الاستثناء بذكر الله عقب اليمين بأى اسم وبأى عبارة وبأى لغة بجملة أو مفرد وضع للاستثناء أو لم يوضع مثل أن يقول بعد اليمين الله أو رب اغفرلى أو استغفر الله أو ربى أو الرحمن أو الرحيم اذا نوى بذلك الاستثناء •• ويهدم هذا الاستثناء اليمين اذا أريد به الهدم عند من يجيزه ويشترط فى الاستثناء أن يكون متصلا على الصحيح • ولا يضر الفصل لعطس أو تثاؤب أو غلط لسان أو عى أو تنفس أو بلع ريق • ويضر ولا يبقى للاستثناء أثر اذا فصل بكلام أو فعل أو سكوت طويل أو أكل أو شرب •• وقيل يصح الاستثناء ما لم يقم من المجلس أو يأخذ فى عمل آخر يقطعه • وقيل يصح ولو بعد مدة طالت أو قصرت ويشترط أن يكون الاستثناء منطوقا ومتلفظا بحيث يسمع نفسه وقيل غيره • وان حرك لسانه ولم يسمع أذنيه فقولان فلا تكفى نية القلب ولا يصح الاستثناء فى النفى مطلقا وقيل يصح مطلقا • وقيل

يصح بشرط أن يحلف الشخص بنفسه لا بتحليف غيره له • وقيل ان استحلفه جائر ظلما فله الاستثناء فى نفسه وان استحلفه غيره بحق فلا • وانما اشترط التلفظ بالاستثناء على الصحيح لانه حل أو منع لليمين الذى هو لفظ وما كان لفظ لا ينحل عقده الا بلفظ •• وهذا الخلاف جار فى الحلف هل ينعقد بالنية بلا لفظ أو لا ينعقد الا بلفظ مع القصد •

ويشترط أن يقصد الاستثناء قبل تمام اليمين ••• وعلى القول باشتراط الاتصال والقصد وهو الصحيح اذا انعدمت هذه الشروط أو بعض منها فهل يهدم الاستثناء اليمين أولا ؟ خلاف مثاره هل الاستثناء يحل اليمين أو يمنع انعقادها • فان كان حالا لليمين جاز اتصاله وانفصاله وحدوثه بعد اليمين وقصده معه •• ويكون هادما لليمين على أى وضع من هذه الاوضاع — وان كان مانعا من انعقاد اليمين لم يكن الا متصلا مقصودا قبل تمام اليمين — بحيث لو لم يكن كذلك لم يهدم اليمين والذى اختاره صاحب النيل أنه يشترط الاتصال والتلفظ وأنه يهدم اليمين ، ويستوى أن يكون متأخرا عن اليمين كما هو الأصل أو متقدما عليه •

وهذا كله فى الحلف بالله تعالى أو باسم من اسمائه تعالى أو صفة من صفاته • أما فى الطلاق والعتاق والظهار • فان خرج مخرج اليمين بأن علق على شرط كقوله : زوجتى طالق ان دخلت دار فلان ان شاء الله فان الاستثناء يصح ويهدم الطلاق والعتق والظهار • ولا يقع شىء منها معه لأنه يكون يمينا حينئذ • ويشمله حديث من حلف فقال ان شاء الله لم يحنث • واذا لم يعلق على شرط فلا يكون يمينا • ولا ينفع فيه الاستثناء وبالتالى يقع الطلاق والعتق • فلو قال : زوجتى طالق ان شاء الله أو عبدى حر ان شاء الله • أو زوجتى فلانه على كظهر أمى ان شاء الله • لا ينفعه الاستثناء ويقع الطلاق والعتق وينعقد الظهار •• وقيل ينفع الاستثناء فى ذلك كله سواء كان يمينا أم لم يكن •

ولا ينفع الاستثناء بالنسبة لشىء ماض كما فى اليمين الغموس وهى الحلف على أمر فى الماضى أنه فعله وهو لم يفعله أو أنه لم يفعله وقد فعله أو أنه كان وهو لم يكن أو انه لم يكن وهو قد كان • كوالله لقد فعلت كذا وهو لم يفعله وهكذا فان قال بعد هذا الحلف ان شاء الله لم ينفعه ويحنث من حينه وعليه الكفارة فى ذمته وانما ينفع الاستثناء فى اليمين على أمر مستقبل فعلا كان أو تركا كوالله لأفعلن كذا أو لا أفعل كذا[1] •

الاستثناء فى الوصية والهبة والبيع والاجارة والعتق

يجرى الاستثناء فى كثير من أبواب الفقه وعقود المبادلات والتصرفات التى نظم الشارع شروطها وأحكامها ومقوماتها

(١) شرح النيل جـ ٤ ص ٤٣٧ — ٤٤٠ الطبعة السابقة •

على أســاس من رعاية مصــالح النــاس وتيسير حيــاتهم غير الابواب والعقود التى عرضــنا لبيــان أحــكام الاســتثناء فيهــا على شىء من البســط والتفصــيل اقتضتهما طبيعــة الموضــوع •• غير أن الاســتثناء فى هــذه الابواب والعقود الأخــرى لا يأخذ نفس الوضــع والطابع الذى أخــذه وتميز به فى الابواب التى عرضــنا لهــا من حيث اســتقلال البحث وتفصيله وتقسيمه وترتيبه وأحــكامه وآثاره ومن حيث اضطــــراده واحتلاله مكانا فى المذاهب المختلفــة يختلف ضيقا وســعة وأجمالا وتفصــيلا وتفريعــا وتطبيقــــا فقــد يجــرى الحــديث عن الاســتثناء فى الابواب والعقود الاخــرى فى مســألة أو مســائل محــدودة وفى بعــض المذاهب دون البعض •

ففى باب الوصــية يتحــدث الحنفيــة عن الاســتثناء فى مســألة من مســائلها وهــى مــا اذا أوصى بجــاريه حــامل لشــخص واستثنى حملهــا بأن قال : أوصــيت بهــذه الجارية لفــلان الا حملهــا ، فقالوا : تصح الوصــية ويصــح الاســتثناء • فتنصــب الوصــية على الجارية وحــدها دون الحمــل وتستحق بمقتضى الوصــية وطبقــا لشروطها وأحكامهــا للموصى له • ويمنــع الاســتثناء دخــول الحمــل فيها فلا تشــمله ولا يستحق بالوصــية ويبقى على ملك الموصى كمــا كــان قبــل الوصــية •

وانمــا يصح الاســتثناء فى ذلك مــع أن اســم الجــارية المستثنى منه لا يتنــاول الحمــل المســتثنى بحسب الوضع ولا يندرج تحتــه بطــريق القصــد وانمــا يدخــل فى الوصــية عند الاطلاق وعــدم ذكر الاستثناء تبعــا لأمه لانه قبــل الوضــع جزء منهــا ــ وقد علمنــا أن الاســتثناء تصرف لفظــى لا يرد الا على ما يتنــاوله لفــظ المســتثنى منــه وعلى ســبيل القصــد لا على سبيل الاقتضاء والتضمن وانمــا صح الاســتثناء مع ذلك باعتبــار أن القصد منه هو تقــرير ملك الموصى فى الحمــــل كمــا كان قبــل الوصية •• ولان المقــرر أنه يصح الايصــاء بالحمــل منفردا رغم احتمــال عدم وجــوده وما قد يكون فيــه من غرر • لان الوصــية ليس عقــد معاوضــة يترتب على الغرر فيه ضرر ــ فصح اســتثناؤه من الوصــية لأن القاعدة المقررة عند الحنفيــة أن ما يجــوز أفراده بعقــد يصــح اســتثناؤه من ذلك العقــد •

ومثــل ما ذكــر ما لو أوصى بالجــارية الحامــل لشخص وأوصى بحملهــا لشــخص آخــر حيث تصــح الوصية فى كل منهمــا ويســتحق الموصى له فيهمــا ما أوصى له به • اذ الوصــية أخت الميراث والميراث يجرى فى الحمــل فكذلك تجــرى فيــه الوصــــية : بخــلاف ما لو أوصى بجــارية ألا خدمتهــا حيث لا يصــح الاســــتثناء لأن المــيراث لا يجــرى فى الخدمة •

ولو وهب جارية ألا حملهــا صــحت الهبة وبطــل الاســتثناء لان الاستثناء فى العقــد بمنزلة الشرط الفاســد • وعقــد الهبــة لا

يتأثر بالشروط الفاسدة ولكن يبطل الشرط • فصحت الهبة وبطل الاستثناء بخلاف الوصية حيث يصح فيها الاستثناء لانها أوسع العقود تقبلا للشروط • والاصل فى تشريعها تحقيق الخير والنفع فينبغى تيسير الوصول الى ذلك •

وبناء على القاعدة المذكورة وهى أن ما جاز افراده بعقد صح استثناؤه من هذا العقد : منع الحنفية استثناء الحمل فى البيع لأنه لا يجوز ايراد عقد البيع على الحمل منفردا لنهى النبى صلى الله عليه وسلم عن بيع المضامين والملاقيح وحبل الحبلة والمضامين جمع مضمونة ما فى أصلاب الابل من الماء الذى يتخلق منه نتاجها • والملاقيح جمع ملقوحة ما سيكون فى بطن الانثى مستقبلا • أما الموجود بالفعل فى بطونها فهو حمل وبيعه فاسد لا باطل •• وحبل الحبلة بفتح الباء ما سوف يحبله الجنين الذى فى البطن • أى نتاج النتاج لدابة أو رقيق • ولما فى بيع الحمل من الغرر لأنه مشكوك فى وجوده ولان فيه مصلحة للبائع واذا كان أفراد الحمل بالبيع غير جائز شرعا • فاستثناؤه فيه غير صحيح كأطراف الحيوان لا يصح استثناؤها عند بيعه لأنه لا يجوز أفرادها بعقد البيع فاذا باع جارية ألا حملها • فسد البيع لان الاستثناء بمنزلة الشرط وهو فاسد كما ذكرنا والبيع يفسد بالشرط الفاسد •

واستثناء الحمل بالنسبة للعقود على مراتب : تارة يفسد العقد والاستثناء معا كما فى البيع والاجارة والرهن لان هذه العقود تبطل بالشروط الفاسدة وتارة يصح العقد ويبطل الاستثناء كما فى الهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد ، لأنها لا تبطل بالشروط الفاسدة ولكن يبطل الشرط • وتارة يصح العقد والشرط معا كما فى الوصية لأنها كما قلنا أوسع العقود تحملا للشروط (١) •

ويتحدث المالكية عن الاستثناء فى الوصية فى نفس المسألة التى تحدث عنه فيها الحنفية فقد ذكروا أنه لو أوصى لشخص بجارية وهى حامل من زوج أو من زنا دخل الحمل فى الوصية مع الجارية لانه كجزء منها واستحق الموصى له الجارية والحمل طبقا لشروط الوصية وأحكامها — ان لم يستثنه الموصى فان استثناه لم يدخل فى الوصية ولا يستحقه الموصى له ويبقى على ملك الموصى كما كان قبل الوصية ، ولو وضعته أمه فى حياة السيد لم يدخل فى الوصية كذلك • بخلاف ما اذا أوصى بعتق الجارية وهى حامل حيث يدخل الحمل فى الوصية تبعا لامه ولو استثناه الموصى لا يصح الاستثناء لان الشارع يتشوف الى العتق ومن ثم يكمل عتق العبد فى حال عتق جزء منه أما الوصية فلا تكمل اذا أوصى السيد لشخص بجزء من عبده •

والهبة مثل الوصية عند المالكية يصح

---

(١) تكملة فتح القدير جـ ٨ ص ٤٣٧ وحاشية ابن عابدين جـ ٤ ص ١٦٦ الطبعة السابقة .

استثناء الحمل فيها على النحو المذكور فى الوصية [1] .

ويتحدث الحنابلة عن الاستثناء فى الوصية عند الكلام على قسمة الوصية واستخراج النصيب الموصى به اذا وقع الاستثناء . فقد عقد ابن قدامة [2] فى المغنى فصولا تحدث فيها عن كيفية تقسيم الوصية واستخراج النصيب الموصى به اذا ذكر فيها استثناء وبدأ بقوله : اذا خلف ثلاثة بنين وأوصى بمثل نصيب أحدهم ألا ربع المال فخذ مخرج الكسر أربعة وزد عليه سهما تكن خمسة فهذا النصيب وزد على عدد البنين واحدا واضربه فى مخرج الكسر تكن ستة عشر . تدفع الى الوصى خمسة وتستثنى منه أربعة يبقى لهم سهم ولكل ابن خمسة .. وان شئت خصصت كل ابن بربع وقسمت الربع الباقى بينه وبينهم على أربعة .. ويمضى فى تقسيم الوصية واستخراج النصيب الموصى به على وجوه مختلفة على أساس افتراض أصل المسألة واستثناءات مختلفة ثم يفرض مسألة أخرى واستثناءات أخرى ويستعرض الحلول والتقسيمات على هذا النحو ، ثم وثم وهكذا وهو كما ترى استثناء يتصل بتحديد النصيب الموصى به كالاستثناء من العدد فى الاقرار والطلاق .

وفى البيع يجيز الحنفية استثناء ما يجوز اقراره بعقد البيع كالبيت من الدار ، يجوز أن يبيع له الدار ألا بيتا من بيوتها لانه يجوز بيع البيت منفردا فيصح استثناؤه فيه . ولا يجيزون استثناء ما لا يصح ايراد العقد عليه منفردا كاستثناء الحمل فى بيع الجارية الحامل ، واستثناء الاطراف فى بيع الحيوان واستثناء المنفعة فى بيع العين ونحو ذلك .

ويرى المالكية أنه يجوز استثناء المنفعة فى بيع العين لمدة سنة فى الدور وسنتين فى الارض وثلاثة أيام فى الدابة ونحوها وكذلك فى الاجارة يعتبر المدة المشار اليها .

ويجيز الحنابلة فيما نقل عن الامام أحمد رضى الله عنه استثناء بعض منافع ما يخرجه العاقد من ملكه فى جميع العقيود كخدمة العبد وسكنى الدار وركوب الدابة أو الحمل عليها ، يجوز استثناء ما ذكر عند بيع هذه الاعيان اذا كان ما استثناه مما يجوز تمليكه للغير بعقد من العقود . وما ذكر يجوز تمليكه للغير بعقد الاجارة مثلا اذ يؤجر العبد للخدمة والدار للسكنى والدابة للركوب . وكذا بعقد الاعارة .

وذلك أخذا من حديث جابر بن عبد الله رضى الله عنه اذا استثنى ظهر بعيره الى المدينة حين باعه للنبى صلى الله عليه وسلم كما جوز الامام احمد للمعتق أن يستثنى خدمة العبد مدة حياته أو حياة سيده أخذا من حديث سفينة اذ أعتقته أم سلمة رضى الله عنها واشترطت عليه أن يقوم بخدمة النبى صلى الله عليه وسلم ما عاش .

راجع مصطلحات (وصية وهبة .. واجارة .. وعتق) . .

---

(1) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه ج ٤ ص ٥٩ . الطبعة السابقة .
(2) ج ٦ ص ٤٦٠ وما بعدها .

استجرار

التعريف فى اللغة

استجر مادتها «جرر» والجر الجذب جره يجره جراء واستجر الفصيل عن الرضاع أخذته قرحة فى فيه أو سائر جسده فكف عنه لذلك وأجررته الدين اذا أخرته له ، وفلان يجارى فلانا أى يطاوله ، وجره ماطله أو حاباه واستجر الشىء جره - المال أخذه شيئا فشيئا ، وفى المادة معان أخرى كثيرة (١) .

تعريف الاستجرار عند الفقهاء

مذهب الحنفية :

عرف صاحب الدر المختار(٢) الحنفى الاستجرار بأنه ما يستجره الانسان من البياع اذا حاسبه على أثمانها بعد استهلاكها ، ثم ذكر حكم الاستجرار فقال ان ذلك جائز استحسانا ، وعلق ابن عابدين فى حاشيته على هذا التعريف فنقل عن البحر أن من شرائط المعقود عليه أن يكون موجودا فلم ينعقد بيع المعدوم ، ومما تسامحوا فيه وأخرجوه عن هذه القاعدة : ما فى القنية : الاشياء التى تؤخذ من البياع على وجه الخرج كما هو العادة من غير بيع كالعدس والملح والزيت ونحوها ثم اشتراها بعدما انعدمت صح فيجوز بيع المعدوم هنا ، وقال بعض الفضلاء ليس هذا بيع معدوم انما هو من باب ضمان المتلفات باذن مالكها عرفا تسهيلا للامر ودفعا للحرج كما هو العادة، ولم يرتض بعض فقهاء الحنفية كالحموى وغيره هذا المعنى ، وقال ابن عابدين ان المسألة استحسان ويمكن تخريجها على قرض الاعيان ويكون ضمانها بالثمن استحسانا وكذلك حل الانتفاع فى الاشياء القيمية لان قرضها فاسد لا يحل الانتفاع به وان ملكت بالقبض ثم قال ابن عابدين وفى النهر خرجت المسألة على كون المأخوذ من العدس ونحوه بيعا بالتعاطى وأنه لا يحتاج فى مثله الى بيان الثمن لانه معلوم قال ابن عابدين ان ما فى النهر مبنى على أن الثمن معلوم لكنه على هذا لا يكون من بيع المعدوم بل كلما أخذ شيئا انعقد بيعا بثمنه المعلوم ، قال فى الولواجية : دفع دراهم الى خباز فقال اشتريت منك مائة من خبز وجعل يأخذ كل يوم خمسة أمناء فالبيع فاسد وما أكل فهو مكروه لانه اشترى خبزا غير مشار اليه فكان البيع مجهولا ، ولو أعطاه الدراهم وجعل يأخذ منه كل يوم خمسة أمناء ولم يقل فى الابتداء اشتريت منك يجوز وهذا حلال وان كان نيته وقت الدفع الشراء لانه

---

(١) لسان العرب للامام العلامة ابن منظور ﺣ ١٦ ص ١٢٦ مادة « جرر » طبع دار صادر ودار بيروت للطباعة والنشر ببيروت الطبعة الثانية سنة ١٣٧٥ هـ . وترتيب القاموس المحيط على طريقة المصباح المنير وأساس البلاغة للزاوى ﺣ ١ ص ٤٠١ ، ص ٤٠٢ مادة « جر » الطبعة الاولى طبع مطبعة الاستقامة بالقاهرة سنة ١٩٥٩ م .

(٢) رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار لابن عابدين ﺣ ٤ ص ١٦ ، ١٧ طبع المطبعة العثمانية بمصر دار سعادات سنة ١٣٢٤ هـ ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق للامام الشيخ زين الشهير بابن نجيم ﺣ ٥ ص ٢٧٩ طبع المطبعة العلمية بمصر الطبعة الاولى سنة ١٣١٠ هـ .

بمجرد النية لا ينعقد البيع وانما ينعقد البيع الآن بالتعاطى ، والآن المبيع معلوم فينعقد البيع صحيحا ، ورتب ابن عابدين على ذلك صحة البيع فيما اذا تأخر دفع الثمن فقال : ووجه ما مر أن ثمن الخبز معلوم فاذا انعقد بيعا بالتعاطى وقت الاخذ مع دفع الثمن قبله فكذا اذا تأخر دفع الثمن بالأولى وهذا ظاهر فيما اذا كان ثمنه معلوما وقت الأخذ مثل الخبز واللحم أما اذا كان ثمنه مجهولا فانه وقت الاخذ لا ينعقد بيعا بالتعاطى لجهالة الثمن فاذا تصرف فيه الآخذ وقد دفعه البياع برضاه بالدفع وبالتصرف فيه على وجه التعويض عنه لم ينعقد بيعا وان كان على نية البيع لان البيع لا ينعقد بالنية فيكون شبيه القرض المضمون بمثله أو بقيمته فاذا توافق على شىء بدل المثل أو القيمة برئت ذمة الآخذ لكى يبقى الاشكال فى جواز التصرف فيه اذا كان قيميا فان قرض القيمى لا يصح فيكون تصحيحه هنا استحسانا كقرض الخبز والخميرة ثم قال ابن عابدين ويمكن تخريجه على الهبة بشرط العوض أو على المقبوض على سوم الشراء ، وفى الاشباه ورد : لو أخذ من الارز والعدس وما أشبهه وقد كان دفع اليه دينارا مثلا لينفق عليه ثم اختصما بعد ذلك فى قيمته هل تعتبر قيمته يوم الاخذ أو يوم الخصومة قال فى التتمة تعتبر يوم الاخذ ، قيل له : لو لم يكن دفع اليه شيئا بل كان يأخذ منه على أن يدفع اليه ثمن ما يجتمع عنده ، قال : يعتبر وقت الأخذ لأنه سوم حين ذكر الثمن ، وفى كل ما ورد عن استجرار تفصيل كثير فى المذاهب يرجع فيه الى مصطلح (بيع) ومصطلح (قرض) ومصطلح (قيمة) .

مذهب المالكية :

قال مالك : ولا بأس أن يضع الرجل عند الرجل درهما ثم يأخذ منه بربع أو بثلث أو بكسر معلوم سلعة معلومة بذلك الكسر واذا لم يكن فى ذلك سعر معلوم وقال الرجل آخذ منك بسعر كل يوم فهذا لا يحل لانه غرر يقل مرة ويكثر مرة ولم يفترقا على بيع معلوم قال الشارح وهذا كما قال : ان الرجل يجوز له أن يضع عند الرجل درهما ويأخذ منه ببعضه ما شاء ويترك عنده الباقى وذلك يكون على ثلاثة أوجه أحدها أن يضعه عنده مهملا وذلك جائز . الثانى — أن يقول له آخذ به منك كذا وكذا من التمر أو كذا وكذا من اللبن أو غير ذلك يقدر معه فيه سلعة ما ويقدر ثمنها قدرا ما ويترك ذلك حالا يأخذه متى شاء أو يؤقت له وقتا ما فهذا جائز . والثالث — أن يترك عنده فى سلعة معينة أو غير معينة على أن يأخذ منها فى كل يوم بسعره عقدا على ذلك ببيعها فان ذلك غير جائز لان ما عقد عليه من الثمن مجهول وذلك من الغرر الذى يمنع صحة البيع [1] ، وجاء فى حاشية الدسوقى

(١) كتاب المنتقى شرح موطأ مالك للقاضى أبى الوليد سليمان بن خلف بن سعد الباجى الاندلسى حـ ٥ ص ١٥ الطبعة الاولى طبع مطبعة السعادة بمصر سنة ١٣٣٢ هـ .

والشرح الكبير ، ان الاظهر مراعاة أحوال الناس والزمان والمكان كما يفيده قوله الا بعرف[١] .

مذهب الشافعية :

قال الشافعية فى المجموع اذا كان يأخذ من البياع شيئاً ولم يعطه شيئا ولم يتلفظا ببيع بل نويا أخذه بثمنه المعتاد ويحاسبه بعد مدة ويعطيه كما يفعل كثير من الناس فانه باطل بلا خلاف لانه ليس ببيع لفظى ولا معاطاة ولا يعد بيعا فهو باطل فليعلم وليحذر منه ولا يغتر بكثرة من يفعله فان كثيرا من الناس يأخذ الحوائج من البياع مرة بعد مرة من غير مبايعة ولا معاطاة ثم بعد مدة يحاسبه ويعطيه العوض وهذا باطل بلا خلاف ، وفى نهاية المحتاج قال : أما الاستجرار من بياع فباطل اتفاقا أى حيث لم يقدر الثمن كل مرة وفى المغنى قال الاذرعى وهذا ما أفتى به البغوى وذكر ابن الصلاح فى فتاويه نحوه ثم قال صاحب مغنى المحتاج لكن الغزالى فى الاحياء سامح فى الاستجرار فقال : وأخذ الحاجات من البياع يقع على ضربين أحدهما أن يقول أعطنى بكذا لحما أو خبزا مثلا وهذا هو الغالب فيدفع اليه مطلوبه فيقبضه ويرضى به ثم بعد مدة يحاسبه ويؤدى ما اجتمع عليه فهذا مجزوم بصحته عند من يجوز المعاطاة فيما أراه . والثانى أن يلتمس مطلوبه من غير تعرض لثمن كأعطنى رطل خبز أو لحم مثلا فهذا محتمل ، وفى نهاية المحتاج أن الغزالى سامح فى الاستجرار بناء على جواز المعاطاة ، قال صاحب مغنى المحتاج هذا ما رأى الغزالى اباحته ومنعها النووى ، وما قيل من أن هذا لا يعد معاطاة ولا بيعا فيه نظر بل يعده الناس بيعا والغالب أن يكون قدر ثمن الحاجة معلوما لهما عند الاخذ والعطاء وان لم يتعرضا له لفظا[٢] .

مذهب الحنابلة :

قال أبو داود فى مسائله ، باب فى الشراء ولا يسمى الثمن سمعت أحمد سئل عن الرجل يبعث الى البقال فيأخذ منه الشىء بعد الشىء ثم يحاسبه بعد ذلك قال : أرجو أن لا يكون بذلك بأس ، قال أبو داود : وقيل لاحمد : يكون البيع ساعتئذ ؟ قال : لا . قال الشيخ تقى الدين وظاهر هذا أنهما اتفقا على الثمن بعد قبض المبيع والتصرف فيه وأن البيع لم يكن وقت القبض وانما كان وقت التحاسب وأن معناه صحة البيع بالسعر ثم قال : وأصرح من ذلك ما ذكر فى مسألة المعاطاة عن مثنى بن جامع عن

---

(١) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير لشمس الدين محمد عرفة الدسوقى والشرح الكبير للدردير جـ ٣ ص ١٩١ طبع مطبعة دار أحياء الكتب العربية لعيسى البابى الحلبى وشركاه .

(٢) مغنى المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج للخطيب الشربينى وبهامشه متن المحتاج للنووى حـ ٢ ص ٣ ، ص ٤ طبع المطبعة الميمنية بمصر سنة ١٣٠٨ هـ ، ونهاية المحتاج الى شرح المنهاج لابن شهاب الدين الرملى وحاشية الشبراملسى عليه حـ ٣ ص ٣٦٤ طبع مطبعة البابى الحلبى وأولاده بمصر سنة ١٣٥٧ هـ ، والمجموع شرح المهذب لابى زكريا النووى مع فتح العزيز شرح الوجيز للرافعى حـ ٩ ص ١٦٢ طبع مطبعة التضامن الاخوى .

أحمد فى الرجل يبعث الى معامل له ليبعث اليه بثوب فيمر به فيسأله عن ثمن الثوب فيخبره فيقول له اكتبه ـ والرجل يأخذ التمر فلا يقطع ثمنه ثم يمر بصاحب التمر فيقول له اكتب ثمنه فأجازه اذا ثمنه بسعر يوم أخذه وهذا صريح فى جواز الشراء بثمن المثل وقت القبض لا وقت المحاسبة سواء ذكر ذلك فى العقد أو أطلق لفظ الاخذ زمن البيع . وعلى هذا لو اختلفا والعين قائمة ردت وان فاتت فالقيمة ، وقال الخلال تحت عنوان ذكر البيع بغير ثمن مسمى ثم ذكر حرب سألت الامام أحمد قلت الرجل يقول لرجل ابعث لى جريبا من بر واحسبه على بسعر ما تبيع قال : لا يجوز هذا حتى يبين له السعر . وعن اسحاق بن منصور : قلت للامام أحمد الرجل يأخذ من الرجل سلعة فيقول : أخذتها منك على ما تبيع الباقى قال لا يجوز وعن حنبل قال عمى : أنا أكرهه لانه بيع مجهول والسعر يختلف يزيد وينقص وروى حنبل عن أبى عبيدة أنه كره ذلك (١) ، وجاء فى أعلام الموقعين : اختلف الفقهاء فى جواز البيع بما ينقطع به السعر من غير تقدير الثمن وقت العقد : وصورتها البيع ممن يعامله من خباز أو لحام أو سمان أو غيرهم : يأخذ منه كل يوم شيئا معلوما ثم يحاسبه عند رأس الشهر أو السنة على الجميع ويعطيه ثمنه فمنعه الاكثرون وجعلوا القبض به غير ناقل للملك وهو قبض فاسد يجرى مجرى المقبوض بالغصب لانه مقبوض بعقد فاسد هذا وكلهم الا من شدد على نفسه يفعل ذلك ولا يجد منه بدا وهو يفتى ببطلانه وأنه باق على ملك البائع ولا يمكنه التخلص من ذلك الا بمساومته له عند كل حاجة يأخذها قل ثمنها أو كثر : وان كان ممن شرط الايجاب والقبول لفظا فلابد مع المساومة أن يقرن بها الايجاب والقبول لفظا « القول الثانى » وهو الصواب المقطوع به وهو عمل الناس فى كل عصر ومصر جواز البيع بما ينقطع به السعر وهو منصوص الامام أحمد واختاره شيخنا وسمعته يقول هو أطيب لقلب المشترى من المساومة يقول لى أسوة بالناس آخذ بما يأخذ به غيرى ، قال والذين يمنعون من ذلك لا يمكنهم تركه بل هم واقعون فيه وليس فى كتاب الله ولا سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا اجماع الأمة ولا قول صاحب ولا قياس صحيح ما يحرمه (٢) ، وقد أجمعت الأمة على صحة النكاح بمهر المثل وأكثرهم يجوزون عقد الاجارة بأجرة المثل كالنكاح والغسال والخباز والملاح وقيم الحمام والمكارى ، والبيع بثمن المثل كبيع ماء الحمام فغاية البيع بالسعر أن يكون

(١) النكت والفوائد السنية على مشكل المحرر لشمس الدين بن مفلح المقدسي المطبوع بهامش المحرر فى الفقه للامام مجد الدين أبى البركات حـ ١ ص ٢٩٨ ، ص ٢٩٩ طبع مطبعة السنة المحمدية بمصر سنة ١٣٦٩ هـ .

(٢) اعلام الموقعين لشيخ الامام شمس الدين أبى عبد الله محمد بن أبى بكر المعروف بابن القيم الجوزى حـ ٤ ص ٣ ، ص ٤ طبع مطبعة ادارة الطباعة المنيرية بمصر .

بيعه بثمن المثل فيجوز كما تجوز المعاوضة بثمن المثل فى هذه الصورة وغيرها فهذا هو القياس الصحيح ولا تقوم مصالح الناس الا به • فان قالوا « فالحيلة » فى الجواز أن يأخذ ذلك قرضا فى ذمته فيجب عليه للدافع مثله ثم يعاوضه عليه بثمن معلوم • فانه بيع للدين من الغريم وهو جائز • ولكن قد يرتفع السعر فيطالبه بالمثل فيتضرر الآخذ • وقد ينخفض فيعطيه المثل فيتضرر الاول فالطريق الشرعية التى لم يحرمها الله تعالى ورسوله صلى الله عليه وسلم أولى بهما •

استجمار

تعريفه فى اللغة

الاستجمار مأخوذ من الجمار وهى الحجارة الصغيرة (١) •

التعريف الشرعى عند الفقهاء

ازالة النجاسة الخارجة من السبيلين بحجر أو نحوه •

والفرق بينه وبين الاستنجاء أن الاستنجاء عام يطلق على استعمال الماء فى ازالة الخارج من السبيلين ، ويطلق على استعمال الحجر أو نحوه فى ازالة هذا الخارج •

(١) ترتيب القاموس المحيط على طريقة المصباح المنير للزاوى ﺣ ١ ص ٥٤٠ مادة جمر طبع مطبعة الاستقامة بمصر الطبعة الاولى سنة ١٩٥٩ •

حكمه

اتفق الأئمة على وجوب ازالة النجاسة : اما باستعمال الحجر أو نحوه فى ذلك وهو الاستجمار فمشروع ولكنهم اختلفوا فى حكمه ، وقد ذكر أصحاب كل مذهب حكمه مع بيان ما يستجمر به وما لا يستجمر به كما يلى :

مذهب الحنفية :

ذهب الحنفية الى أن الاستجمار سنة مؤكدة للرجال والنساء ، وقيل هو مستحب وقال شيخ الاسلام : الاستنجاء نوعان بالحجر والماء ، فبالحجر سنة واتباع الماء أدب وفضيلة ، وهو يكون لكل خارج من السبيلين الا الريح اذ لم يصحبه خبث •

ما يجزىء فيه :

ويجزىء فيه الحجر ومايقوم مقامه من التراب وغيره من كل عين، طاهر قالعة للنجاسة ، غير محترمة، ولا متقومة كمدر (٢) ، وانما يجزىء الحجر أو نحوه اذا كان الخارج معتادا ، أما اذا كان غير معتاد بأن كان قيحا أو دما لم يجز فيه الا الماء ، ولو كان مذيا يجزىء فيه الحجر أيضا ومثله الودى ، وقيل يجزىء الحجر اذا كان الغائط لم يجف ولم يقم الشخص من موضعه ، أما اذا قام أوجف فلا يجزىء الا الماء لأنه بقيامه قبل أن يستنجى بالحجر يزول الغائط عن موضعه ويتجاوز مخرجه وبجفافه لا يزيله الحجر • والمستحاضة لا يجب عليها الاستنجاء لوقت كل صلاة اذا لم يكن غائط ولا بول

(٢) الطين اليابس •

لأنه قد سقط اعتبار نجاسة دمها كذا فى الواقعات ، فان تجاوزت النجاسة مخرجها لم يجز فى الطهارة الا الماء عند محمد ، ولا تطهر بالحجر لأنه من باب ازالة النجاسة الحقيقية عن البدن هذا وان كان ما جاوز المحل من النجاسة أكثر من قدر الدرهم وجبت ازالته بالماء اجماعا ، وان كان أقل ففيه خلاف . فعندهما لا يجب ازالته بالماء بل يجزئه الحجر ، وعند محمد لا يجزئه الحجر ، وجاء فى الفتاوى : اذا تجاوزت النجاسة مخرجها وهى أكثر من قدر الدرهم يجب ازالتها ، وان كانت أقل ولكن اذا ضم مع موضع الاستنجاء يصير أكثر من قدر الدرهم لا يضم عندهما وقال محمد يضم .

ما يكره الاستنجاء به :

لا يستنجى بما هو نجس كالرجيع[1] ولا بما يتوقع منه الضرر كالزجاج ولا بما هو محترم كالطعام[2] .

مذهب المالكية :

يرى المالكية أن الاستجمار واجب ويجوز بكل يابس طاهر منق غير مؤذ ولا محترم والمراد من اليابس الحجر وهو الأصل أو غيره من خشب أو مدر أو قطن أو خرق أو صوف أو نحو ذلك ، والمحترم اما لكونه مطعوما لآدمى كخبز ونحوه ، أو لكون حرمته لحق الغير ككون الشى الذى يستجمر به مملوكا للغير ومنه جدار الغير ولو وقفا ، وكره بروث وعظم طاهرين وبجدار مملوك له فاذا وجدت أوصاف اليابس المذكورة جاز الاستجمار فان فقد منها شىء لم يجز لكن يجزىء أن أنقى المحل كالمحترم والنجس اليابس الذى لا يتحلل منه شىء وهناك بعض الحالات لا يصح فيها الاستجمار بل يتعين استعمال الماء وهى : ازالة المنى ، وازالة دم الحيض والنفاس أو الاستحاضة ، وكذا فى حدث بول أو غائط انتشر عن المخرج انتشارا كثيرا ، وكذا فى مذى خرج بلذة معتادة سواء كانت بنظر أو بملاعبة بشهوة[3] .

مذهب الشافعية :

قال الشافعية : يجب الاستنجاء من كل خارج ملوث سواء كان الخارج من القبل أو من الدبر بماء أو حجر ، ولو كان الخارج نادرا كالدم وانتشر فوق العادة ولم يجاوز الخارج من الدبر الصفحة ، ولا الخارج من القبل الحشفة فيجوز الاستجمار فى ذلك على أظهر الأقوال فى المذهب ، ومقابله يتعين الماء فى النادر والمنتشر ، وفى معنى الحجر كل جامد طاهر قالع للنجاسة غير محترم[4] .

مذهب الحنابلة :

ويرى الحنابلة أن الاستنجاء يكون بالحجر

---

(١) الرجيع هو العذرة اليابسة وقيل الحجر الذى استنجى به .

(٢) الجوهرة حـ ١ ص ٤٠ المطبعة الخيرية . واللباب حـ ١ ص ٥٤ مطبعة النهرالجديد والاختيار حـ ١ ص ٤٥ مطبعة صبيح .

(٣) الشرح الصغير للدردير حـ ١ ص ٣٦ ، ص ٣٦ ، ص ٣٧ طبع مطبعة مصطفى البابى الحلبى .

(٤)السراج الوهاج حـ ١ ص ١٤ طبعة الحلبى.

والمـاء ونحوهما وتسمى الازالة بالحجر ونحوه استجمارا ، والاستجمار مجزىء مع وجود المـاء ان لم يتجاوز الخارج موضع العـادة واذا استجمر ابتـداء استنجى بالمـاء لفعله صلى الله عليه وسلم ، ويشترط للاستجمار أن يكون ما يستجمر به طاهرا مباحا منقيا وغير عظم وروث وطعام وغير محترم ككتب علم ويشترط للاكتفاء بالاستجمار ثلاث مسحات منقية ولا يجزىء أقل منها على أن تعم كل مسحة المحل[١] .

مذهب الظاهرية :

ويرى الظاهرية أنه يكون بثلاثة أحجار لا أقل من ذلك وهذا ان أنقى المحل والا زيد وترا حتى ينقى ويكفى الحجر اذا لم يتعد الخارج موضعه فاذا تعداه فلا يجزىء فيه الا المـاء كما أن اشتراط العدد المذكور انما هو فى الاستجمار بالاحجار أما اذا كان بغيرها كالتراب أو الرمل فلا يشترط الثلاث هذا وان بدأ بمخرج البول أجزأت تلك الأحجار بأعيانها عن مخرج الغائط بخلاف العكس الا ما كان لا رجيع فيه فقط[٢] .

مذهب الزيدية :

قال الزيدية الاستجمار بثلاثة أحجار مشروع اجماعا لما روت عائشة رضى الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « اذا ذهب أحدكم الى الغائط فليذهب معه بثلاثة أحجار يستطيب[٣] بها فانها تجزيه » وليس واجبا اذ لا دليل عليه وحكى قول بالوجوب ، ولا يجزىء بعظم ولا روث وقيل يجزىء مع الكراهة ، وكذا لا يستجمر بنجس لقوله صلى الله عليه وسلم : « انها ركس » [٤] وكذا بصقيل اذ لا ينقى الا يسيرا وكذا بما له حرمة كالمطعومات ، وما كتب عليه علم فان استجمر بغير مجزىء أعاد بالاحجار على الأصح ان لم يستنج بالمـاء ، والحجر ونحوه سواء فى الاستجمار لقوله صلى الله عليه وسلم : « ثلاثة أحجار أو ثلاثة أعواد أو ثلاث حثيات من تراب » وذلك لأن القصد هو الازالة ، وذهب بعضهم الى أنه لم يرد الا الاستجمار بالحجر فقط فلا يكفى غيره ، والحق أنه يجوز بغيره ، لأن القصد الازالة لا التعبد ، فلا يشبه الرمى ، والحجر يكفى لكل نجاسة معتادة وغيرها الا فى الاستحاضة لعدم الفائدة ، ويلزم المتيمم أن يستجمر ان لم يستنج بالمـاء لحديث « فليستطب »[٥] ولوجوب تقليل النجاسة[٦] .

مذهب الامامية :

يرى الامامية أنه يجب غسل الغائط بالماء مع التعدى للمخرج بأن تعدى حواشيه وان لم يصل الى الألية ، والا فبثلاثة أحجار فان لم يحصل نقاء للمحل زادها بشرط أن تكون هذه

(١) الروض المربع حـ ١ ص ١٧ المطبعة السلفية .

(٢) المحلى لابن حزم الظاهرى حـ ١ ص ٩٥ .

(٣) يستطيب : يستجمر .

(٤) الركس هو كل مستقذر .

(٥) فليستجمر .

(٦) كتاب البحر الزخار للمرتضى حـ ١ ص ٢٨ الطبعة الاولى سنة ١٣٦٨ هـ مكتبة الخانجي بالقاهرة

الأحجار طاهرة جافة قالعة للنجاسة ، أبكارا[١] ، ومثل الأحجار ما أشبهها من ثلاث خرق أو خزفات أو أعواد أو نحو ذلك من الأجسام القالعة للنجاسة ولا يستنجى بمحترم ، ولا بروث ولا بعظم[٢] .

مذهب الاباضية :

ذهب الاباضية الى أنه يستجمر بما أعده من حجر أو عود ، ومثل الحجر أو العود فى جواز الاستجمار كل طاهر جامد منق ، والحق أن الفحم منق خلافا لبعضهم ، وان استطاب بغير طاهر أجزأه ولا ينبغى ذلك ، وقيل لا يستطيب الا بحجر ، الا اذا لم يجده فليسطب بغيره [٣] .

هل للاستجمار عدد معين ؟ وهل يكفى وحده دون الماء ؟

مذهب الحنفية :

يرى الحنفية أنه ليس فيه عدد مسنون وانما يستحب الثلاث اذا حصل تنظيف بما دونها والا جعلها وترا[٤] .

مذهب المالكية :

يقول المالكية : يندب للشخص عند ارادته قضاء الحاجة أن يجعل ما يزيلها به وترا اذا كان المزيل جامدا كالحجر أو نحوه ولو أنقى المحل بالشفع والا فلا انقاء متعين ، وينتهى ندب الايتار الى سبع ، ويجزىء الانقاء بدون الثلاثة خلافا لأبى الفرج فانه أوجب الثلاثة ولو حصل انقاء المحل بدونها[٥] .

مذهب الشافعية :

وذهب الشافعية الى أنه يجب ثلاث مسحات تعم كل مسحة المحل فان لم ينق المحل بها وجب الانقاء برابع فأكثر حتى يحصل الانقاء[٦] .

مذهب الحنابلة :

قال الحنابلة يشترط ثلاث مسحات منقيات بحيث تعم كل مسحة المحل فان لم يحصل انقاء بها زاد عليها حتى يحصل الانقاء[٧] .

مذهب الظاهرية :

ويرى الظاهرية ان الاستجمار يكون بثلاثة أحجار لا أقل من ذلك وهذا أن أنقى المحل والا زيد[٨] .

مذهب الزيدية :

وذهب الزيدية الى أنه لا يعتبر العدد لأن القصد الازالة[٩] .

---

(١) أبكارا لم تستعمل قبل ذلك .
(٢) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية للشهيد السعيد الجبعى العاملى حـ ١ ص ٢٦ مطابع دار الكتاب العربى بمصر .
(٣) شرح كتاب النيل وشفاء العليل لاطفيش حـ ١ ص ٣٥ طبع المطبعة السلفية بمصر .
(٤) اللباب حـ ١ ص ٥٤ .
(٥) الشرح الصغير للدردير حـ ١ ص ٣٦ الطبعة السابقة .
(٦) السراج الوهاج حـ ١ ص ١٤ وما بعدها الطبعة السابقة .
(٧) زاد المقنع حـ ١ ص ٢٧ الطبعة السابقة .
(٨) المحلى لابن حزم الظاهرى جـ ١ ص ٩٥ الطبعة السابقة .
(٩) كتاب البحر الزخارى للمرتضى حـ ١ ص ٢٨ الطبعة السابقة .

مذهب الامامية :

ويرى الامامية أن من السنة ازالة أثر الغائط بثلاثة أحجار فلا يجزىء ذو الجهات الثلاث وقطع المصنف فى غير هذا الكتاب بأجزائها ، ويستحب الجمع بين المطهرين الماء والاحجار مقدما للأحجار فى المتعدى وغيره مبالغة فى التنزيه ولازالة العين والأثر(١) .

مذهب الاباضية :

قال الاباضية وليبالغ فى التنقية مع الايتار ان أنقى أو لثلاثة أو خمس . وهكذا وجوبا ، وان جاوز وترا وانقى قبل بلوغ آخر وصله تعبدا والصحيح جواز الشفع واستحباب الوتر ، وقيل لا يكفى أقل من ثلاثة(٢) .

سنن الاستجمار

يندب للشخص عند ارادة قضاء الحاجة أن يعد ما يستجمر به من حجر أو نحوه ، وأن يكون باليد اليسرى ، وان يبل يده بالماء قبل ملاقاة النجاسة من بول أو غائط لئلا يكون تعلق الرائحة بها قويا اذا لاقى بها الأذى جافة ، وأن يكون المزيل وترا اذا كان جامدا كحجر حيث أنقى المحل بالشفع والا فالانقاء متعين ، وينتهى ندب الايتار الى سبع فان أنقى بثامن فلا يطلب تاسع ، وان يسترخى قليلا حال الاستنجاء لانه أمكن فى النظافة ، وان يقدم قبله على دبره ، وان يجمع بين الماء والحجر ، فتقدم ازالة النجاسة بالحجر ، ثم يتبع المحل بالماء ، فان أراد الاقتصار على أحدهما فالماء أولى من الحجر ونحوه ، وليدفن بالارض ما استطاب به من حجر أو نحوه ، الا أن وضعه على الارض ولم يظهر نجسه ان قضاها فى غير المرحاض ، والا طرح ذلك فى المرحاض (٣) .

استِحَاضَة

المعنى اللغوى والاصطلاحى

(أ) الاستحاضة عند أهل اللغة هى : دم غالب ليس بالحيض يقال استحيضت المرأة أى استمر بها الدم بعد أيام عادتها فهى مستحاضة بالبناء للمفعول(٤) ، ولا يقال استحاضت بالبناء للفاعل بل استحيضت (٥)

(ب) وما قرره الفقهاء فى بيان معنى الاستحاضة لا يكاد يخرج عن المعنى الذى قرره اللغويون لها ، فقد عرف بعض الفقهاء الاستحاضة بقوله : هى جريان الدم من فرج المرأة فى غير أوانه ، وقال البعض عن دم الاستحاضة انه الدم الخارج من الرحم على جهة المرض(٦) .

(١) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية حـ ١ ص ٣٦ الطبعة السابقة .
(٢) شرح كتاب النيل وشفاء العليل لاطفيش حـ ١ ص ٣٥ الطبعة السابقة .

(٣) المراجع السابقة .
(٤) المصباح المنير جـ ١ ص ٧٤ « الحاء مع الياء » ومختار الصحاح باب الحاء ص ١٦٥ .
(٥) شرح النيل حـ ١ ص ١١٢ طبع مطبعة ابن يوسف البارونى وشركاه .
(٦) المرجع السابق جـ ١ ص ١١٥ الطبعة السابقة .

الفرق بين الحيض والاستحاضة

اختلف الفقهاء فى تحديدهم لاقل الحيض وأكثره الامر الذى ترتب عليه اختلافهم فى دم الاستحاضة ، وكذلك اختلفوا فى أقل سن يمكن أن تحيض المرأة فيه ، وفى السن الذى تيأس فيه من الحيض مما ينبنى عليه الحكم باستحاضة المرأة فى حال الصغر والكبر ، وأيضا فان بعض المذاهب تجعل من اختلاف لون الدم عاملا من عوامل التمييز بين دم الحيض ودم الاستحاضة .

مذهب الحنفية :

يرى الحنفية غير أبى يوسف أن أقل الحيض ثلاثة أيام ولياليها ويترتب على ذلك أن الدم الذى تقل مدة نزوله عن ثلاثة أيام يعتبر دم استحاضة لقوله صلى الله عليه وسلم « أقل الحيض للجارية البكر والثيب ثلاثة أيام ولياليها ... ولان المقادير لاتعرف قياسا . وروى ابن سماعة عن أبى يوسف أن أقل الحيض يومان وأكثر اليوم الثالث [1] ، وبناء على هذا يكون الدم الذى ينقص عن هذه المدة دم استحاضة عند أبى يوسف .

وأكثر الحيض عند الحنفية عشرة أيام فاذازاد على ذلك فهو دم استحاضة لما روى الدارقطنى عن أبى أمامة قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أقل الحيض للجارية والثيب الثلاث وأكثر ما يكون عشرة أيام فاذا زاد فهى مستحاضة » ...

(١) شرح العناية على الهداية هامش فتح القدير حـ ١ ص ١١١ طبعة المكتبة التجارية .

وقد ساق الكمال بن الهمام عدة أحاديث فى هذا المعنى وقال فى نهاية كلامه « فهذه عدة أحاديث عن النبى صلى الله عليه وسلم ، متعددة الطرق وذلك يرفع الضعيف الى الحسن والمقدرات الشرعية مما لاتدرك بالرأى فالموقوف فيها حكمه الرفع بل تسكن النفس بكثرة ما روى فيه عن الصحابة والتابعين ... وبالجملة فله أصل فى الشرع [2] .

ومن ناحية أخرى فان الصغيرة اذا رأت دما قبل أن تبلغ تسع سنين فانه يعتبر دم استحاضة على ما عليه العامة[3] وفيما يتعلق بلون الدم . جاء فى الهداية « وما تراه المرأة من الحمرة والصفرة والكدرة فى أيام الحيض حيض حتى ترى البياض خالصا ، وقال أبو يوسف رحمه الله لا تكون الكدرة حيضا الا بعد الدم [4] — وعليه فان الكدرة التى ليست بعد الدم هى دم استحاضة عند أبى يوسف ... ويقول الكمال « وأما الصفرة فلا شك أنها من ألوانه — أى الحيض — فى سن الحيض ، وأما فى سن الاياس ففى الفتاوى بنت سبع وخمسين ترى صفرة غير خالصة على الاستمرار . فان كان ما ترى مثل لون التبن فحيض ... وان كان دون التبن فليس بحيض — وعليه فانه

(٢) المرجع السابق جـ ١ ص ١١٢ الطبعة السابقة .

(٣) المرجع السابق حـ ١ ص ١١٤ الطبعة السابقة .

(٤) الهداية جـ ١ ص ١١٢ ، ١١٣ الطبعة السابقة .

يعتبر دم استحاضة الا اذا رأته على الاستمرار وليس بصفرة خالصة والظاهر أنه لفساد الرحم . وحكمه حرمة الصوم والقربان وما شرط فيه الطهارة[١] .

وجاء في شرح العناية « واما الخضرة فقد أنكر بعض مشايخنا وجودها ... وقال الميرغيناني اذا كانت المرأة من ذوات الاقراء كانت حيضا ويحمل على فساد الغذاء ... وان كانت كبيرة أي آيسة وهي أن تكون في خمس وخمسين سنة على ما هو المختار وقيل في خمسين وقيل في سبعين لا تكون حيضا وتحمل على فساد المنبت [٢] » . أي أن الخضرة التي تراها الآيسة تعتبر دم استحاضة لانه دم علة وفساد .

مذهب المالكية :

يرى المالكية أن الحيض لاحد لا قلة باعتبار الزمن ... وهذا بالنسبة للعبادة وأما بالنسبة للعدة والاستبراء فلابد من يوم أي بعضه ، وأكثر الحيض « لمبتدأة غير حامل تمادى بها الدم نصف شهر ، وعلى ذلك فان الدم اذا تمادى بها أكثر من خمسة عشرة يوما يعتبر دم استحاضة » وأكثره لمعتادة غير حامل أيضا ... ثلاثة من الايام استظهارا على أكثر عادتها أياما لا وقوعا فاذا اعتادت خمسة ثم تمادى بها مكثت ثمانية ، وهكذا بحيث لا تزيد عن الخمسة عشر ، فمن كانت عادتها ثلاثة عشر يوما فانها تستظهر بيومين ، ومن اعتادت الخمسة عشر فلا استظهار عليها ويسمى الدم النازل بعد الاستظهار أو بعد بلوغ نصف الشهر دم استحاضة وتسمى هي مستحاضة[٣] .

ونص المالكية على أن الدم الخارج بنفسه من الصغيرة التي هي دون تسع سنين لا يعتبر حيضا – أي بل يعتبر استحاضة – كما أن الآيسة التي هي بنت سبعين لا يعتبر الدم الخارج منها حيضا [٤] – وانما يعتبر دم استحاضة . ويسأل النساء في بيان الدم النازل من بنت الخمسين الى السبعين ومن المراهقة فان جزمن بأنه حيض أو شككن أو اختلفن فحيض والا فلا [٥] – أي فهو استحاضة .

ويفرق الفاكهاني بين دم الحيض وبين دم الاستحاضة بأن الاول أسود كدر . وأما الثاني أي دم الاستحاضة فهو دم رقيق أحمر [٦] .

والمشهور عند المالكية أن الصفرة والكدرة حيض ... وقيل ان كانا في زمن الحيض فحيض والا فلا – أي فاستحاضة – « وهذا لابن الماجشون » وجعله المازري والباجي هو المذهب . وقيل أنهما ليسا بحيض مطلقا حكاه في التوضيح [٧] . وبناء على هذا القول الاخير فان الصفرة والكدرة دم استحاضة .

---

(١) فتح القدير جـ ١ ص ١١١ الطبعة السابقة
(٢) العناية جـ ١ ص ١١٣ الطبعة السابقة .

(٣) الشرح الكبير للدردير حـ ١ ص ١٦٨ ، ص ١٦٩ .
(٤) ، (٥) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي وتقرير الشيخ عليش جـ ١ ص ١٦٨ .
(٦) كفاية الطالب الرباني جـ ١ ص ١٣١ طبع المطبعة العامرة .
(٧) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي جـ ١ ص ١٦٧ طبعة المكتبة التجارية .

مذهب الشافعية :

الاصح باتفاق أصحاب الشافعى أن أقل زمن الحيض يوم وليلة . وعلى هذا ان رأت المرأة الدم ليس يجوز أن تحيض فيه أمسكت عما تمسك عنه الحائض فان انقطع لدون اليوم والليلة كان ذلك دم فساد[1] . وأكثر الحيض عند الشافعية خمسة عشر يوما[2] فاذا استمر نزول الدم بعد هذه المدة كان دم استحاضة . ولهم فى أقل سن يمكن الحيض فيه ثلاثة أوجه : الصحيح استكمال تسع سنين ... فاذا رأت الدم لدون ذلك فهو دم فساد ولا تتعلق به أحكام الحيض[3] ولكن هل يسمى دم استحاضة ؟ فيه خلاف حاصله أن الاستحاضة لا تطلق الا على دم متصل بالحيض وليس بحيض ، وأما ما لا يتصل بحيض فدم فساد ولا يسمى استحاضة ، هذا كلام صاحب الحاوى ، وقد وافقه عليه جماعة . وقال الاكثرون : يسمى الجميع استحاضة ، قالوا والاستحاضة نوعان نوع يتصل بدم الحيض .. ونوع لا يتصل به كصغيرة لم تبلغ تسع سنين رأت الدم وكبيرة رأته وانقطع لدون يوم وليلة ... صرح بهذين النوعين أبو عبد الله الزبيرى والقاضى حسين والمتولى والبغوى والسرخسى فى الأمالى ... وآخرون وهو الاصح الموافق لما جاء عن الازهرى وغيره من أهل اللغة

(١) المجموع جـ ٢ ص ٣٨٨ .

(٢) المرجع السابق جـ ٢ ص ٣٧٥ — ٣٧٦ المطبعة المنيرية .

(٣) المجموع جـ ٢ ص ٣٧٣ الطبعة السابقة .

من أن الاستحاضة دم يجرى فى غير أوانه[4] .

وجاء فى فتح العزيز بشأن لون دم الحيض والاستحاضة « يروى أنه قال[5] دم الحيض أسود وان له رائحة فاذا كان ذلك فدعى الصلاة واذا كان الآخر فاغتسلى وصلى » ... ثم يقول الرافعى فى ذلك وورد فى صفته ، أى : دم الحيض أنه أسود محتدم بحرانى[6] ذو دفعات وفى دم الاستحاضة أنه أحمر رقيق مشرق ... أى أن دم الاستحاضة رقيق لا احتدام فيه يضرب الى الشقرة أو الصفرة ولذلك يسمى مشرقا[7] .

مذهب الحنابلة :

جاء فى الشرح الكبير على متن المقنع ... المشهور فى المذهب أن أقل الحيض يوم وليلة ، وأكثره خمسة عشر يوما .. فقد روى عن على رضى الله عنه أنه قال : ما زاد على خمسة عشر استحاضة وأقل الحيض يوم وليلة[8] ، وفيه أيضا أن الصغيرة اذا رأت دما لدون تسع سنين فليس بحيض لا نعلم فى ذلك خلافا فى

(٤) المرجع السابق جـ ٢ ص ٣٤٦ ، ٣٤٧ الطبعة السابقة .

(٥) اى انه صلى الله عليه وسلم قال ذلك لفاطمة بنت أبى حبيش رواه أبو داود والنسائى من حديث عروة وكذا رواه ابن حبان والحاكم فى التلخيص الجيد فى تخريج أحاديث الرافعى الكبير هامش المجموع جـ ٢ ص ٤٥ .

(٦) قيل المحتدم هو الضارب الى السواد والبحرانى هو الشديد الحمرة .

(٧) فتح العزيز هامش المجموع جـ ٢ ص ٤٥٠ ، ٤٥١ الطبعة السابقة .

(٨) الشرح الكبير والمغنى حـ ١ ص ٣٢٠ ، ٣٢١ ، ٣٢٢ .

المذهب [١] ، وقيل فى السن الذى تيأس فيه المرأة من الحيض أنه خمسون سنة ••• ويكون حكمها فيما تراه من الدم بعد الخمسين حكم الاستحاضة لان عائشة رضى الله عنها قالت اذا بلغت خمسين سنة خرجت من حد الحيض ••• وروى عنه أنها لا تيأس من الحيض يقينا الى ستين سنة وما تراه فيما بين الخمسين والستين حيض مشكوك فيه ••• فأما بعد الستين فلا خلاف فى المذهب[٢] انه ليس بحيض لانه لم يوجد وقد علم أن للمرأة حالا تيأس فيه من الحيض لقول الله تعالى « واللائى يئسن من المحيض » وقال أحمد فى المرأة الكبيرة ترى الدم هو بمنزلة الجرح ، وقال عطاء هى بمنزلة المستحاضة وذلك لان هذا الدم اذا لم يكن حيضا فهو دم فساد حكمه حكم دم الاستحاضة[٣] ، وعن لون الدم يقرر ابن قدامة أن المرأة اذا رأت صفرة أو كدرة فى أيام عادتها كان ذلك حيضا وان رأته بعد أيام حيضها لم يعتد به نص على ذلك أحمد ، وبه قال : يحيى الانصارى وربيعة والثورى والاوزاعى وعبد الرحمن بن مهدى [٤] ، ومعنى عدم الاعتداد بالصفرة والكدرة — بعد أيام العادة ان هذا الدم يأخذ حكم الاستحاضة •

مذهب الظاهرية :

يقول ابن حزم أن أقل الحيض دفعة فان تمادى بها الاسود فهو حيض الى تمام سبعة عشر يوما فان زاد فليس حيضا، وقد صح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « ان دم الحيض أسود » وصح أنها ما دامت تراه فهى حائض لها حكم الحيض ما لم يأت نص أو اجماع فى دم أسود أنه ليس حيضا وقد صح النص بأنه قد يكون دما أسود وليس حيضا ، ولم يوقت لنا فى أكثر عدة الحيض من شىء فوجب أن نراعى أكثر ماقيل فلم نجد الا سبعة عشر يوما فقلنا بذلك ••• وكان ما زاد على ذلك اجماعا متيقنا أنه ليس حيضا ، ويقول فى موضع آخر ان رأت العجوز المسنة دما أسود فهو حيض لانه لم يأت نص ولا اجماع بأنه ليس حيضا • وكل ما عدا الدم الاسود فليس حيضا عند ابن حزم حيث يقول فاذا رأت أحمر أو كغسالة اللحم أو صفرة أو كدرة أو بياضا فقد طهرت فقد روى عن فاطمة بنت أبى حبيش أنها كانت استحيضت فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم « ان دم الحيض أسود يعرف فاذا كان ذلك فامسكى عن الصلاة واذا كان الآخر فتوضىء وصلى فانما هو عرق [٥] » •

مذهب الزيدية :

يرى الزيدية أن أقل الحيض ثلاثة أيام كوامل بلياليها وأكثره عشرة أيام لقوله صلى الله عليه وسلم • أقل ما يكون الحيض للجارية البكر ثلاثة أيام وأكثره عشرة أيام فاذا زاد الدم أكثر

(١) المرجع السابق جـ ١ ص ٣١٨ .
(٢) المرجع السابق جـ ١ ص ٣١٨ .
(٣) المرجع السابق جـ ١ ص ٣١٩ .
(٤) المغنى جـ ١ ص ٣٤٩ الطبعة السابقة .

(٥) المحلى لابن حزم جـ ٢ من ص ١٦٢ الى ص ١٩٢ الطبعة السابقة .

من عشرة أيام فهى مستحاضة [١] وجاء فى البحر الزخار ما يفيد أن دم الآيسة الكبيرة استحاضة وكذا دم الصغيرة قبل دخولها فى التاسعة اجماعا [٢] ، ويفرق الزيدية بين دم الحيض ودم الاستحاضة بأن دم الحيض أسود غليظ منتن ودم الاستحاضة أصفر رقيق أو أحمر مشرق [٣] ، وفى البحر الزخار ودمه أسود محتدم بحرانى ذو دفعات ورائحته تعرف ••• ويعتبر منها اللون فقط ••• وقال بعضهم بل الصفة لقوله صلى الله عليه وسلم « للحيض أمارات » [٤] وجاء فى موضع آخر انه على القول باعتبار الصفة لو رأت ثلاثا أحمر وثلاثا أسود وثلاثا أصفر كان الجميع حيضا اذ لا لبس ، ولو رأت أسود يوما ثم أحمر حتى تعدى العشر فاستحاضة ••• فان رأت شهرا أحمر ثم رأت السواد فى الشهر الثانى ثم احمر اغتسلت بعد الثلاثة ان احمر فيها أو عقيبها ، والا فهو عند التغير استحاضة ••• وان رأت خمسا أسود ثم طهرت خمسا ثم دميت أحمر عشرا كان النقاء وما قبله حيضا والاحمر طهرا لانه دم الاستحاضة ، وان رأت فى أربعة أيام أسود نصف اليوم ونصفه أحمر وكل الخامس أسود ، ثم احمر ، وتعدى العشر كانت الخمس الاول حيضا والاخرى استحاضة لاجل الصفة والتعدى ••• وان رأت ثلاثة عشر أسود ومثلها أحمر فالاحمر استحاضة ، ومن الاسود أى الاستحاضة منه — مازاد على عادتها أو عادة نسائها [٥] •

مذهب الامامية :

يرى الامامية كما فى مفتاح الكرامة ، أن أقل الحيض ثلاثة أيام ••• الا أنه فى التذكرة والمنتهى ذكر الليالى فقال ثلاثة أيام بلياليها ولعل ذلك غير داخل تحت الاجماع [٦] ، وبناء على ذلك فان المرأة اذا رأت الدم لمدة تقل عن ثلاثة أيام فان ذلك لا يعتبر حيضا [٧] ، وهم يقولون ان كل ما ليس بحيض ولا جرح ولا قرح فهو استحاضة [٨] • وأكثر الحيض عندهم عشرة أيام ••• ولم تذكر الليالى هنا فى التذكرة والمنتهى كما ذكرت فى أقله [٩] ، وبناء على هذا فان الزائد عن أقصى مدة الحيض هذه لا يعتبر حيضا [١٠] بل هو استحاضة [١١] وما تراه المرأة قبل بلوغ تسع سنين فليس حيضا وان كان مع المميزات ••• وروى عن بعضهم أنه قال بنت ست سنين ترى دم الحيض رواه شارح الطماوى •• وذهب بعض الى امكانه أول التاسعة وآخر اذا مضت منها ستة أشهر [١٢] ، وبناء على ذلك

(١) البحر الزخار جـ ١ ص ١٣٢ ، ١٣٣ الطبعة السابقة .

(٢) المرجع السابق جـ ١ ص ١٣٤ ، ١٣٥ الطبعة السابقة .

(٣) هامش المنتزع المختار جـ ١ ص ١٥١ .

(٤) البحر الزخار جـ ١ ص ١٣١ هامش .

(٥) المرجع السابق جـ ١ ص ١٤٢ .

(٦) مفتاح الكرامة جـ ١ ص ٣٤١ طبعة سنة ١٣٢٤ هـ .

(٧) المرجع السابق جـ ١ ص ٣٤ .

(٨) المرجع السابق جـ ١ ص ٣٨٧ .

(٩) المرجع السابق جـ ١ ص ٣٤٤ .

(١٠) المرجع السابق جـ ١ ص ٣٤٠ .

(١١) المرجع السابق جـ ١ ص ٣٨٧ .

(١٢) المرجع السابق ص ٣٣٩ .

فان الدم الذى تراه الصغيرة قبل بلوغ تسع سنين — على المعتمد عندهم يعتبر دم استحاضة ، وأيضا ما تراه المرأة من الدم بعد سن اليأس هو دم استحاضة — على خلاف عندهم فى تحديد هذا السن هل هو خمسون أو ستون [١] .

ومن ناحية أخرى يفرق الجعفرية بين دم الحيض ودم الاستحاضة بأن دم الاستحاضة فى الاغلب أصفر بارد رقيق كما فى الوسيلة والمراسيم والقنية ... وغيرها وهو المنقول عن التبيان والكاف .. الا أن فيه أنه يضرب الى الصفرة وقريب من ذلك فى النهاية ففيها يميز الحيض منها بالسواد والحرارة والدفع ، واقتصر فى المبسوط والمصباح ومختصره ، على الاصفر ، وفى المقنعة أنها دم رقيق بارد صاف .. وهو دم ذو فتور كما صرح به فى أكثر الكتب المتقدمة ، وفى جملة منها أن المراد به خروجه بضعف بخلاف دم الحيض فأن خروجه بقوة ودفع كما تعطيه عبارة النهاية من نفى الدفع عنه — أى عن دم الاستحاضة ويتضمنه ما فى المبسوط من أنه أسود بارد لا يحس بخروجه [٢] .

مذهب الاباضية :

أقل الحيض عند الاباضية ثلاثة أيام فاذا رأت المرأة الدم لمدة تقل عن ثلاثة أيام اعتبر هذا الدم استحاضة لقول صاحب النيل وان انقطعت قبلها أى قبل الثلاثة فخروجها استحاضة فتغتسل عند انقطاعه غسلة .. عند موجب الغسل من الاستحاضة [٣] . والفرق بين الحيض والاستحاضة عندهم « أن الاستحاضة بالدم تباين الحيض ببلوغ أقصى أوقاته أى الحيض وهو عشرة أيام [٤] . وقيل خمسة عشر يوما وقيل سبعة عشر .. أما الزمان الذى يحكم على الدم الذى وقع فيه بأنه دم علة وأنه استحاضة فهو زمان الدم الذى رؤى فى الطفولية قبل الدخول فى السبع وقيل قبل الدخول فى التاسعة وقيل قبل الدخول فى العاشرة لأن الحيض من أمارات البلوغ وزمان الدم الذى رؤى بعد الاياس [٥] .

ومن ناحية أخرى يفرق الاباضية بين الحيض والاستحاضة فيقولون الاستحاضة هى التى تأتى فى غير أوقات الحيض مع دوام الدم وبحدوث علة توجبها .. وان شئت فقل الاستحاضة هى جريان الدم من فرج المرأة فى غير أوانه .. وعرف فى القواعد دم الاستحاضة بأنه الخارج من الرحم على جهة المرض قال : وهو دم أحمر رقيق لا رائحة له .. وهو صحيح لأنه يقال فى كل صور الاستحاضة انها دم من الرحم على جهة المرض ولو خرج بنحو خوف بأن يمرض رحمها لذلك الخوف مثلا [٦] . وكما يفرق

---

(١) المرجع السابق ص ٣٣٩ ، ٣٤٠ .
(٢) مفتاح الكرامة ج ١ ص ٣٨٦ الطبعة السابقة .
(٣) شرح النيل ج ١ ص ١١٨ الطبعة السابقة
(٤) المرجع السابق ج ١ ص ١١٤ .
(٥) المرجع السابق ج ١ ص ١١٠ ، ١١٥ الطبعة السابقة .
(٦) المرجع السابق ج ١ ص ١١٤ ، ١٢٥ .

الاباضـية بين الحيض والاستحاضة بالزمان يفـرقون بينهمـا بما يسـمونه زوال الحال ففى شرح النيـل : « أما زوال الحال الذى يحـكم معـه بالاسـتحاضة فزوال الـدم الذى رؤى بخـوف أو حمـل ثقيـل أو ركوب أو قفـز أو جمـاع غير دم البـكارة •• فان زال الـدم بزوال الحـال كزوال الخـوف وزوال شـدة الحمـل الثقيـل بعـد وضعه وزوال شـدة الركوب والقفـز بعـد تركهما فليس بحيض [1] • أى هـو دم استحاضة •

هل تستحاض الحامل

مذهب الحنفيـة :

قـرر بعـض الحنفيـة أن الـدم الـذى تـراه المـرأة حـالة الحمـل يعتبر دم اسـتحاضة فقـد ذكر البـابرتى أن للاسـتحاضة أسـباباً كثيرة اذ يقـول : « فانهـا تكون •• أى المـرأة مستحاضـة بما اذا رأت الـدم حالـة الحبـل [2] ، وفى الهـداية أن الـدم الذى تراه الحامل ابتـداء أو حال ولادتهـا قبـل خروج الولد استحاضة وان كان ممتـدا [3] •

مذهب المالكيـة :

يقـول الدسـوقى : ان الحـامل اذا حاضـت فى الشـهر الثـالث من حملهـا أو فى الرابع أو فى الخامس منـه واسـتمر الدم نازلا عليهـا كان أكثر الحيض فى حقهـا عشرين يوما •• وما زاد على ذلك فهـو دم عـلة وفسـاد •• كمـا أن الحامل اذا حاضت فى الشـهر السـابع من حملهـا أو الثـامن أو التـاسع منـه واسـتمر الدم نازلا عليهـا كان أكثر الحيض فى حقهـا ثلاثـين يوما وأما اذا حاضت فى الشـهر السادس فظاهـر المدونة أن حكمهـا حكم ما اذا حاضت فى الشـهر الثـالث ، وخالف فى ذلك جميع شـيوخ أفريقيـة ، ورأوا أن حـكم السـتة أشـهر حكم ما بعـدها لا حكم ما قبلهـا وهذا هو المعتمـد [4] ، ولـكن ما حكم الدم الذى ينزل قبـل الدخول فى ثالث الثـلاثة بأن حاضت فى الشـهر الأول أو الثـانى من حملهـا ؟ يتلخص ما قاله المالكية فى هذه المسألة الى الرأيين الآتيين :

الاول أن حـكم هـذه الفتـرة حـكم ما بعدها ــ أى أكثر الحيض فى حقها عشرون يوما وما زاد على ذلك فهو دم استحاضة ، وهذا القول هو قول مالك المرجوع عنـه •

الثانى أنها هنا كالمعتادة غير الحامل بمعنى أنها تمكث عادتها ثم تستظهر على أكثرها بثلاثة أيام وما زاد على ذلك فهـو اسـتحاضة • وهـذا القـول هو قـول مالك المرجـوع اليـه •• وبعض الشـيوخ رجح القـول الأول وفى كلام ابن عرفة ما يشعـر بترجيح الثـانى •• وكل منهمـا قـد رجح لـكن الثـانى أرجح •

مذهب الشـافعية :

جـاء فى المجمـوع اذا رأت الحـامل دما يصـلح أن يكـون حيضـا

(١) المرجع السابق ج ١ ص ١١٧ ، ص ١١٨ .
(٢) شرح العنـاية ج ١ ص ١٢٤ الطبعـة السابقة .
(٣) الهداية مع الفتح ج ١ ص ١٢٩ الطبعة السابقة .
(٤) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج ١ ص ١٦٩ ، ١٧٠ .

فقولان مشهوران قال صاحب الحاوى الجديد أنه حيض والقديم ليس بحيض . واتفق الأصحاب على أن الصحيح أنه حيض فان قلنا ليس بحيض فهو دم فساد وهو حدث ينقض الوضوء .. فان لم يستمر فهو كالبول .. وان استمر فلها حكم الاستحاضة المستمرة (١) .

مذهب الحنابلة :

جاء فى الشرح الكبير على متن المقنع من كتب الحنابلة : أن الحامل لا تحيض فان رأت دما فهو فساد ... لأنه زمن لا ترى الدم فيه غالبا فلم يكن ما تراه حيضا كالآيسة قال أحمد : انما يعرف النساء الحمل بانقطاع الدم وقال الليث ما تراه من الدم حيض اذا أمكن لأنه دم صادف العادة فكان حيضا كغير الحامل (٢) .

مذهب الظاهرية :

يقول ابن حزم وكل ما رأته الحامل ما لم تضع آخر ولد فى بطنها فليس حيضا ولا نفاسا ولا يمنع من شىء (٣) .

مذهب الزيدية :

وينص الزيدية على أن الدم الذى تراه المرأة حالة الحمل لا يكون حيضا بل انه يعتبر من قبيل دم الاستحاضة لاعتدادها بالوضع دونه واستبرائها لقول على عليه السلام : « رفع الحيض عن الحامل » (٤) .

(١) المجموع جـ ٢ ص ٣٨٤ .
(٢) الشرح الكبير والمغنى جـ ١ ص ٣١٩ ، ٣٢٠ .
(٣) المحلى جـ ٢ ص ١٩٠ .
(٤) البحر الزخار جـ ١ ص ١٣٤ والمنتزع المختار جـ ١ ص ١٥٢ .

مذهب الامامية :

جاء فى مفتاح الكرامة (٥) أن الحيض يجامع الحمل على الاقوى وهذا أحد الاقوال فى المسألة وقد أطلق من دون فرق بين ما اذا استبان الحمل أم لا سواء تأخر عن عادتها عشرين يوما أم لا وهناك قول مؤداه أن المتأخر عن عادتها عشرين يوما يعتبر دم استحاضة .. ولو رأت الدم قبل الولادة بعدد أيام الحيض وتخلل النقاء عشرة فالأول حيض وما مع الولد نفاس .. والمانعون يقولون أنه استحاضة .. « فان تخلل أقل من عشرة فالأول استحاضة — أى أنه اذا نزل عليها الدم قبل الولادة ثم تخلل ذلك نقاء لمدة تقل عن عشرة أيام ثم ولدت فان الدم الذى نزل أولا هو دم استحاضة » وقال فى النهاية ولو ولدت قبل عشرة أيام فالأقرب أنه استحاضة لعدم تخلل طهر كامل بينه وبين النفاس مع احتمال كونه حيضا لتقدم طهر كامل عليه ونقصان الطهر انما يؤثر فيما بعده لا فيما قبله وهنا لم يؤثر فيما بعده لأن ما بعد الولد نفاس اجماعا فأولى أن لا يؤثر فيما قبله (٦) .

مذهب الاباضية :

معرفة الاستحاضة يكون بالزمان وزوال الحال والمعاينة أما المعاينة التى يحكم معها بأن الدم لعلة واستحاضة فمعاينة الدم الذى

(٥) جـ ١ ص ٣٤٠ ، ص ٣٤١ .
(٦) مفتاح الكرامة جـ ١ ص ٤٠٠ ، ٤٠١ الطبعة السابقة .

رئى مع حمل .. لان الحيض علامة براءة الرحم فكيف يكون دمها حيضا ؟ وقيل حيض مطلقا ، وقيل ان رأته فى معتادها فى الوقت الذى تعتاد فيه الحيض قبل الحمل فهو حيض والا فلا[1] .

استحاضة النفساء

مذهب الحنفية :

يرى الحنفية أن أكثر مدة النفاس أربعون ، فاذا زاد الدم عن هذه المدة كان دم استحاضة لما روى أبو داود والترمذى وغيرهما عن أم سلمة رضى الله عنها قالت : « كانت النفساء تعتد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم أربعين يوما » . وأثنى البخارى على هذا الحديث وقال النووى حديث حسن [2] . وجاء فى شرح العناية أن مذهب الحنفية مروى عن ابن عمر وعائشة وأم سلمة وأم حبيبة وأبى هريرة رضى الله عنهم . ومثله لا يعرف الا سماعا وهو الموافق للمعقول لأنهم أجمعوا على أن أكثر مدة النفاس أربعة أمثال أكثر مدة الحيض وقد ثبت فى باب الحيض أن أكثر مدة الحيض عشرة أيام فكان أكبر مدة النفاس أربعين يوما[3] ، وما زاد على ذلك فهو دم استحاضة . ويقول الحصكفى والزائد على أكثر النفاس استحاضة لو مبتدأة وأما المعتادة فترد لعادتها وقد علق ابن عابدين على ذلك بقوله : يعنى انما يعتبر الزائد على الأكثر استحاضة فى حق المبتدأة التى لم تثبت لها عادة . وأما المعتادة فترد لعادتها وهذا الحكم عند اطلاقه يشمل ما اذا كان ختم عادتها بالدم أو بالطهر وهذا عند أبى يوسف وأما عند محمد ان ختم بالدم فكذلك وان بالطهر فلا ، وبيانه ما ذكر فى الأصل اذا كان عادتها فى النفاس ثلاثين يوما فانقطع دمها على رأس عشرين يوما وطهرت عشرة أيام تمام عادتها فصلت وصامت ثم عاودها الدم فاستمر بها حتى جاوز الأربعين ذكر أنها مستحاضة فيما زاد على الثلاثين ولا يجزيها صومها فى العشرة التى صامت فيلزمها القضاء أما على مذهب محمد فنفاسها عشرون فلا تقضى ما صامت بعدها [4] .

مذهب المالكية :

يقول المالكية ان الدم اذا تمادى بالنفساء جلست — أى مكثت — ستين ليلة على المشهور ثم ان استمر بعد الستين أو انقطع ثم عاودها قبل مقدار الطهر لا تستظهر واغتسلت وكانت مستحاضة .. أما ان انقطع الدم بعد الستين وعاودها بعد مقدار الطهر فهو دم حيض[5] .

مذهب الشافعية :

وفى قول عند الشافعية على ما فى المجموع أن دم النفساء اذا عبر الستين يوما كان الزائد على الستين دم استحاضة ، وبه قطع ابن

(١) شرح النيل ج ١ ص ١١٦ ، ١١٧ .
(٢) الهداية وفتح القدير ج ١ ص ١٣١ .
(٣) شرح العناية ج ١ ص ١٣١ الطبعة السابقة
(٤) الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه ج ١ ص ٢٧٧ .
(٥) كفاية الطالب الربانى ج ١ ص ١٣٩ .

القاص فى المفتاح واختاره المزنى .. قال الرافعى وهذا القائل يجعل الزائد استحاضة الى تمام طهرها المعتاد ان كانت معتادة والمردود اليه ان كانت مبتدأة .. وقيل ان الستين نفاس والذى بعده حيض على الاتصال به لأنهما دمان مختلفان فجاز أن يتصل أحدهما بالآخر وبهذا الوجه قال أبو الحسن ابن المرزبانى . قال صاحب التتمة والعدة وغيرهما فعلى هذا ان زاد الدم بعد الستين حكمنا بأنها مستحاضة فى الحيض [1] .

مذهب الحنابلة :

يقول ابن قدامة الحنبلى : « ان زاد دم النفساء على أربعين يوما فصادف عادة الحيض فهو حيض ، وان لم يصادف عادة فهو استحاضة قال أحمد : اذا استمر بها الدم فان كان فى أيام حيضها الذى تقعده أمسكت عن الصلاة ولم يأتها زوجها وان لم يكن لها أيام كانت بمنزلة المستحاضة [2] .

مذهب الظاهرية :

وفى بيان مذهب الظاهرية يقول ابن حزم : « ان دم النفاس هو حيض صحيح وأمده أمد الحيض وحكمه فى كل شىء حكم الحيض لقول النبى صلى الله عليه وسلم لعائشة رضى الله عنها : أنفست بمعنى حضت فهما شىء واحد لقوله عليه السلام فى الدم الأسود ما قال من اجتناب الصلاة وبناء على ذلك فان دم النفاس اذا جاوز سبعة عشر يوما يعتبر دم استحاضة [3] .

مذهب الزيدية :

عند الزيدية .. أكثر النفاس أربعون يوما وقيل أكثره ستون يوما .. فان جاوز الاربعين فكالحيض اذا جاوز العشرة فى أن المبتدأة ترجع الى عادة نسائها والمعتادة ترجع الى عادتها ــ كما سيأتى ــ فان جاوز دمها الأربعين وكان ما بعد الأربعين وقت حيضها فهو استحاضة لئلا يؤدى الى توالى الحيض والنفاس من غير تخلل طهر [4] .

مذهب الامامية :

وللامامية اقوال فى أكثر النفاس منها أن أكثر النفاس مع الاستظهار التمام ثمانية عشر يوما .. وفى المبسوط قال : ولا خلاف بينهم ان ما زاد على ثمانية عشر حكمه حكم دم الاستحاضة .. وقيل ان النفساء تقعد عشرة أيام وتغتسل فى الحادى عشر وتعمل عمل الاستحاضة .. ونص المحقق فى المعتبر على أن ذات العادة اذا رأت أكثر من عشرة أيام جعلت العشرة نفاسا .. وكان ما زاد على العشرة أيام استحاضة اجماعا يدل على ذلك أن هذه المدة أكثر الحيض فتكون أكثر النفاس

(١) المجموع جـ ٢ ص ٥٣٠ .
(٢) المغنى جـ ١ ص ٣٥٩ .
(٣) المحلى جـ ٢ ص ٢٠٣ .
(٤) المنتزع المختار جـ ١ ص ١٦٦ ، ١٦٧ .

لأن النفاس حيضة ويؤيد ذلك ما رواه يونس بن يعقوب وذكر الخبر قال : وضابطه البقاء على حكم النفاس مادام الدم مستمرا حتى يمضى لها عشرة ثم تصير مستحاضة (١) .

مذهب الاباضية :

وفى الفقه الاباضى جاء فى شرح النيل ما يفيد أن النفساء اذا استمر عليها نزول الدم فانها على الصحيح تترك الى أقصى وقت الحيض والنفاس ثم تغتسل وتكون مستحاضة (٢)

أثر الاستحاضة فى العبادة واستمتاع الزوج

(أ) أثرها فى العبادة :

مذهب الحنفية :

ذكرت بعض المذاهب أثر الاستحاضة بصفة عامة ثم أعقبت ذلك ببيان أنواع المستحاضات وحكم كل نوع . وبعض المذاهب الأخرى اكتفت بالبيان الاخير فقط . واننا سنعرض بعض أحكام الاستحاضة المتعلقة بالعبادة اجمالا . أما الأحكام التفصيلية فسيكون الكلام عليها عند الكلام عن المستحاضات وحكم كل نوع .

مذهب الحنفية :

نص الحنفية على أن دم الاستحاضة كالرعاف الدائم لا يمنع الصلاة ولا الصوم لما روى ابن ماجه بسنده الى عائشة رضى الله عنها قالت جاءت فاطمة بنت أبى حبيش الى النبى صلى الله عليه وسلم فقالت : انى امرأة استحاض فلا أطهر أفأدع الصلاة فقال : لا اجتنبى الصلاة أيام محيضك ثم اغتسلى وتوضئى لكل صلاة ثم صلى وان قطر الدم على الحصير ، وأخرجه أبو داود .. وهو فى البخارى من حديث أبى معاوية عن هشام بن عروة عن أبيه . واذا عرف حكم الصلاة ثبت حكم الصوم بنتيجة الاجماع .. أى بدلالته وتقريره أجمع المسلمون على وجوب الصلاة وهو يوجب وجوب الصوم بطريق الأولى لانه لما جعل الدم عدما فى حق الصلاة مع المنافاة الثابتة بينهما لكونه منافيا لشرطها فلأن يجعل عدما فى حق الصوم من باب أولى (٣) .

مذهب المالكية :

ذكر صاحب كفاية الطالب الربانى قاعدة عامة فى هذه المسألة فقال : « ومن تمادى بها الدم يحكم لها بأنها مستحاضة .. وثمرة ذلك أنها تطهر أى تغتسل .. وثمرته أيضا أنها تصوم وتصلى .. لأن حكمها حكم الطاهر فى جميع الأشياء (٤) .

(١) مفتاح الكرامة ج ١ ص ٤٠١ ، ٤٠٣ .
(٢) شرح النيل ج ١ ص ١٣٠ .

(٣) الهداية وشرح العناية وفتح القدير ج ١ ص ١٢١ ، ١٢٢ .
(٤) كفاية الطالب الربانى ج ١ ص ١٣٦ ، ١٣٧ .

مذهب الشافعية :

يقرر الشافعية أن دم الاستحاضة حدث دائم كسلس البول فلا يمنع الصوم والصلاة للاخبار الواردة فى المستحاضات . ومنها ما روى فى الصحيحين عن عائشة رضى الله عنها قالت : « جاءت فاطمة بنت أبى حبيش فقالت يا رسول الله انى امرأة استحاض فلا أطهر أفأدع الصلاة قال لا انما ذلك عرق وليست بالحيضة ، فاذا أقبلت الحيضة فدعى الصلاة ، واذا أدبرت فاغسلى عنك الدم وصلى » [١] قال النووى وللمستحاضة قراءة القرآن واذا توضأت استباحت مس المصحف وحمله وسجود التلاوة والشكر ، وعليها الصلاة والصوم وغيرهما من العبادات التى على الطاهر ولا خلاف فى شىء من هذا عندنا . قال أصحابنا : وجامع القول فى المستحاضة أنه لا يثبت لها شىء من أحكام الحيض بلا خلاف . ونقل ابن جرير الاجماع على أنها تقرأ القرآن وأن عليها جميع الفرائض التى على الطاهر ، وروى عن ابراهيم النخعى أنها لا تمس مصحفا ، ودليلنا القياس على الصلاة والقراءة [٢] .

مذهب الحنابلة :

وفى فقه الحنابلة ما يفيد أن دم الاستحاضة لا يمنع الصلاة ولا الصوم

(١)فتح العزيز ص ٤٣٣ ، ٤٣٤ ، ٤٤٩ .
(٢)المجموع جـ ٢ ص ٥٤٢ ، ٥٤٣ .

لما روت عائشة قالت الحديث السابق[٣] .

مذهب الظاهرية :

يستفاد مما جاء فى المحلى أن دم الاستحاضة لا يمنع الصلاة ولا الصوم ولا الطواف بالبيت [٤] لما روى عن الأوزاعى عن الزهرى عن عروة عن عائشة قالت استحيضت أم حبيبة بنت جحش فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه السلام : انها ليست بالحيضة ولكنه عرق فاذا أقبلت الحيضة فدعى الصلاة . واذا أدبرت فاغتسلى وصلى ... وعن عروة ابن الزبير أن فاطمة بنت أبى حبيش أخبرته أنها أتت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فشكت اليه الدم فقال : انما ذلك عرق فانظرى اذا أتاك قرؤك فلا تصلى ، فاذا مر القرء فتتطهرى ثم صلى من القرء الى القرء [٥] .

مذهب الزيدية :

وفى فقه الزيدية أورد صاحب البحر الزخار حكما عاما مؤداه أن المستحاضة كالحائض فيما علمته من عادتها حيضا ، وكالطاهر فيما علمته من عادتها طهرا . ولا تصلى بل تصوم فيما جوزته حيضا وطهرا ، أو جوزته ابتداء طهر وانتهاء حيض [٦] .

(٣) المغنى والشرح الكبير جـ ١ ص ٣٢٣ ، ٣٢٥ .
(٤) المحلى جـ ٢ ص ١٦٢ .
(٥)المرجع السابق جـ ٢ ص ١٦٣ .
(٦)البحر الزخار جـ ١ ص ١٤٣ .

مذهب الامامية :

أوجب الجعفرية على المستحاضة أفعالا خاصة تختلف باختلاف أحوالها من حيث كثرة الدم وقلته وسيأتى بيان هذه الأفعال عند الكلام عن أثر الاستحاضة فى الطهارة — فاذا قامت المستحاضة بهذه الأفعال كما نصوا عليها صار حكمها حكم الطاهر .. فان لم تفعل ما وصفوه وصامت وصلت وجب عليها اعادة صلاتها وصومها . وأما اللبث فى المساجد فقد أجازه جماعة بدون الأمور المذكورة ويبدو مما جاء فى مفتاح الكرامة منع المستحاضة من الطواف بالبيت مالم تفعل هذه الأمور التى نصوا عليها ويرى بعضهم منعها من قراءة العزائم [١] .

مذهب الاباضية :

يستفاد مما جاء فى شرح النيل أن دم الاستحاضة لا يمنع الصلاة ولا يمنع الصوم حيث نصوا على ذلك فى مواضع متفرقة ومناسبات مختلفة [٢] .

(ب) أثر الاستحاضة فى استمتاع الزوج :

يرى الحنفية [٣] والمالكية [٤] ، والشافعية [٥] ، والظاهرية [٦] : أن دم الاستحاضة كما لا يمنع الصلاة ولا الصوم فانه لا يمنع الزوج من أن يطأ زوجته المستحاضة نتيجة الاجماع ، فقد أجمع المسلمون على وجوب الصلاة وهو يوجب حل الوطء بطريق الأولى لأنه لما جعل الدم عدما فى حق الصلاة مع المنافاة الثابتة بينهما لكونه منافيا لشرطها فلأن يجعل عدما فى حق الوطء من باب أولى [٧] ، ويقول النووى يجوز وطء المستحاضة فى الزمن المحكوم بأنه طهر ولا كراهة فى ذلك وان كان الدم نازلا — هذا مذهبنا ومذهب جمهور العلماء [٨] .

مذهب الحنابلة :

أما الحنابلة فيبدو أن عندهم روايتين فقد قال الخرقى فى مختصره : « ولا توطء مستحاضة الا أن يخاف على نفسه ، وقد علق ابن قدامة على ذلك بقوله اختلف عن أحمد فى وطء المستحاضة فروى ليس له وطؤها الا أن يخاف على نفسه الوقوع فى محظور الزنا وهو مذهب ابن سيرين والشعبى والنخعى والحاكم لما روى الخلال باسناده عن عائشة أنها قالت المستحاضة لا يغشاها زوجها ولأن بها أذى فيحرم وطؤها كالحائض فان الله تعالى منع وطء الحائض معللا

---

(١) مفتاح الكرامة جـ ١ ص ٣٩٤ ، ٣٩٥ .
(٢) شرح النيل جـ ١ ص ١١٧ ، ١١٨ ، ١١٩ الطبعة السابقة .
(٣) الهداية جـ ١ ص ١٢ .
(٤) كفاية الطالب الربانى جـ ١ ص ٣٣٦ — ٣٣٨
(٥) فتح العزيز جـ ٢ ص ٤٣٤ .
(٦) المحلى جـ ٢ ص ٢١٨ .
(٧) العناية جـ ١ ص ١٢٢ .
(٨) المجموع جـ ٢ ص ٥٤٢ .

بالأذى بقوله : « قل هو أذى فاعتزلوا النساء فى المحيض » وروى عن أحمد اباحة وطئها مطلقا من غير شرط وهو قول أكثر الفقهاء لما روى أبو داود عن عكرمة عن حمنة بنت جحش أنها كانت مستحاضة وكان زوجها يجامعها . وقد سألنا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أحكام المستحاضة فلو كان حراما لبينه لها ، وان خاف على نفسه الوقوع فى محظور ان ترك الوطء أبيح على الروايتين لأن حكمها أخف من حكم الحائض ، ولو وطئها من غير خوف فلا كفارة عليه لأن الوجوب من الشرع ولم يرد بايجابها فى حقها ولا هى فى معنى الحائض لما بينهما من الاختلاف واذا انقطع دمها أبيح وطؤها من غير غسل لأن الغسل ليس بواجب عليها فأشبه سلس البول (١) .

مذهب الزيدية :

يرى الزيدية أن المستحاضة لها أحوال مختلفة ـ سيأتى ذكرها ولكنهم قالوا انها كالحائض فيما علمته حيضا وكالطاهر فيما علمته طهرا أى فكأنه يجوز لزوجها أن يطأها فى هذه الحالة الأخيرة ـ التى علمت نفسها أنها طاهر فيها وليست حائضا ، ولكنها لا توطء فى الحالة الأولى أى فيما علمته حيضا ، ونصوا كذلك على أنها لا توطء فيما جوزته حيضا وطهرا كما لا توطء فيما جوزته ابتداء طهر وانتهاء حيض (٢) .

مذهب الامامية : (٣)

نص بعض الجعفرية على أنه لا خلاف بين العلماء على اباحة جماع المستحاضة فى الجملة .. واختلفوا فى توقفه على ما عليها من الأفعال على أقوال

الاول : الاباحة مطلقا من دون توقف على شىء .

الثانى : الكراهة اذا أخلت بما عليها .

الثالث : أنه يتوقف على جميع ما عليها من الافعال كما فى المقنعة ، قال واذا توضأت واغتسلت ما وصفناه حل لزوجها أن يطأها وليس يجوز له ذلك حتى تفعل ما ذكرناه من نزع الخرقة وغسل الفرج بالماء .. وقال والظاهر أنه لا يشترط فى زوال التحريم غير ذلك ... وفى النهاية ، ويحل لزوجها وطؤها على كل حال اذا غسلت فرجها وتوضأت وضوء الصلاة أو اغتسلت .. لكنه لم يذكر فى أحكامها للصلاة غسل الفرج وذكره هنا فيظهر منه اختيار التوقف على غسله عند الوطء .. وأما مع عدم الافعال فالذى تعطيه عبارات أصحابنا التحريم . ومثلها عبارة الذكرى حيث قال ظاهر الاصحاب توقف حل الوطء على ما تتوقف عليه الصلاة والصوم من الوضوء والغسل لقولهم يجوز وطؤها اذا فعلت ما تفعله المستحاضة

(١) المغنى جـ ١ ص ٣٥٣ ، ٣٥٤ .

(٢) البحر الزخار جـ ١ ص ١٤٢ ، ١٤٣ .

(٣) مفتاح الكرامة جـ ١ ص ٣٩٤ ، ٣٩٥ .

الرابع : توقفه على ما عليها من الاغسال وتجديد الوضوء •

الخامس : توقفه على الغسل خاصة •

مذهب الاباضية :

جاء فى شرح النيل ، وأبيح الوطء من مستحاضة بعد الخروج من أيام ترك الصلاة وبعد الغسل وهى فى حكم الطاهر على الاصح عند الاكثر وقيل فى حكم الحائض وقيل ذلك مكروه مطلقا وقيل فى الدم الكثير [١] •

طهارة الاستحاضة وانتقاضها

واذا ثبت أن الاستحاضة لا تمنع من الصلاة فان ذلك يوجب الكلام عن طهارة المستحاضة •

أولا — وضوء المستحاضة :

مذهب الحنفية :

يذهب الحنفية الى أن المستحاضة تتوضأ لوقت كل صلاة ، فتصلى بذلك الوضوء ما تشاء من الفرائض والنوافل والواجبات والنذور فى الوقت لقوله صلى الله عليه وسلم المستحاضة تتوضأ لوقت كل صلاة ولان الوقت أقيم مقام الاداء ثم فى تقدير طهارتها بالصلاة بعض الجهالة والحرج لان الناس متفاوتون فى أداء الصلاة فمنهم مطول لها ومنهم غير مطول فلم يمكن ضبطه فقدرنا طهارتها بالوقت دفعا للحرج •• فانا اذا قدرنا طهارة كل شخص بأدائه وفرضنا الفراغ عنه وأوجبنا عليه وضوءا آخر لكل ما يصلى من قضاء أو واجب أو نذر فى وقته أو مكتوبة أخرى فى وقت آخر تحقق الحرج وفى موضع التخفيف فان اعتبار طهارتها ليس الا رخصة وتخفيفا وذلك خلف باطل ، واذا قام الوقت مقام الأداء يدار الحكم عليه لان الشىء اذا قام مقام شىء آخر كان المنظور اليه ذلك الشىء [٢] ، وينتقض وضوؤها بخروج الوقت اذا كان وضوؤها مع سيلان الدم أو وجد السيلان بعد الوضوء • أما ان كان الوضوء مع انقطاعه ودام الانقطاع الى خروج الوقت فلا يبطل الوضوء بالخروج مالم تحدث حدثا آخر أو يسيل دمها وذلك عند أبى حنيفة ومحمد وعند زفر لا ينتقض الوضوء بخروج الوقت وانما ينتقض بدخول الوقت التالى وقال أبو يوسف ينتقض بخروج الوقت القائم كما ينتقض بدخول الوقت التالى فمن تؤضأت قبل طلوع الشمس بطل وضوؤها بطلوعها عند أئمتنا الثلاثة وتستأنف الوضوء لوقت الظهر فى وقته وعند زفر لا ينتقض وضوؤها الا بدخول وقت الظهر فتصلى به فيما بين الوقتين ما شاءت من النوافل ، — ومن توضأت بعد طلوع الشمس وقبل دخول وقت الظهر صح وضوؤها وتصلى به الظهر عند أبى حنيفة ومحمد وينتقض بدخول وقت الظهر عند أبى يوسف وزفر وتستأنف وضوءا جديدا ،

(١) شرح النيل جـ ١ ص ٢٠٣ •

(٢) شرح العناية جـ ١ ص ١٢٤ ، ١٢٥ •

ويرى فخر الاسلام أن الكل متفقون على انتقاضه عند الخروج وانما لم ينتقض عند زفر بطلوع الشمس لان قيام الوقت جعل عذرا وقد بقيت شبهته فصلحت لبقاء حكم العذر تحقيقا وانما تحتاج ــ المستحاضة ــ للطهارة للظهر عند أبى يوسف فيما اذا توضأت قبل الزوال ودخل وقت الظهر لان طهارتها ضرورية ولا ضرورة فى تقديمها على الوقت لا لان طهارتها انتقضت عند الدخول وهذا يفيد أن طهارتها لم تصح حتى لا تجوز الصلاة بها قبل دخول الوقت لا أنها صحت وانتقضت (١) .

مذهب المالكية :

وأما المالكية فيقولون بالتفرقة بين حالات مختلفة فاذا كان انقطاع دم الاستحضة أكثر من اتيانه وجب منه الوضوء عندهم أما اذا كان اتيانه أكثر من انقطاعه أو تساوى الامران فانه لا يجب عليها الوضوء ، ولكن يستحب لها ــ أى للمستحاضة ــ الوضوء وفى استحباب غسل فرجها قولان ــ فصاحب الطراز يقول بالاستحباب ، وسحنون يقول بعدمه لان النجاسة أخف من الحدث ــ أما ان لازم دم الاستحاضة ولم يفارق فلا يجب منه الضوء لانه حرج ولا يستحب اذ لا فائدة فى الوضوء مع سيلان النجاسة ــ وكذا اذا شق عليها فى حالتى الاستحباب فلا ندب .

وهل تعتبر كثرة الملازمة وقلتها بأوقات الصلاة أو مطلقا ؟ قولان عند المالكية والمراد بهذه الاوقات من زوال الشمس فى كبد السماء الى طلوع الشمس ثانى يوم أما من طلوع الشمس الى الزوال فليس وقت صلاة (٢) ويقولون بأن دم الاستحاضة الذى لازم المرأة ولم يفارقها غير ناقض لوضوئها وانما ينتقض بما ينتقض به وضوء غيرها ممن ليس صاحب عذر ففى كفاية الطالب الربانى : أما ان لازم دم الاستحاضة ولم يفارق فلا يجب منه الضوء لانه حرج ولا يستحب اذ لا فائدة فى الضوء مع سيلان النجاسة ولكنهم يقولون باستحباب الوضوء من دم الاستحاضة اذا كان اتيانه أكثر من انقطاعه أو اذا تساوى الأمران • أى أنه غير ناقض أيضا فلا يبطل طهارتها واذا فلا يجب عليها الوضوء ولكن يستحب لها بقيت الصورة الثالثة وهى صورة ما اذا كان انقطاع دم الاستحاضة أكثر من اتيانه فانه فى هذه الصورة يبطل وضوؤها ويجب عليها أن تتوضأ منه (٣) .

مذهب الشافعية : (٤)

الوضوء وهو طهارة المستحاضة عند الشافعية ، وقد نصوا على أنها لا تصلى بطهارة واحدة أكثر من فريضة مؤداة كانت أو مقضية

(١) فتح القدير جـ ١ ص ١١٦ ، ١٢٧ .

(٢) كفاية الطالب الربانى وحاشية العدوى جـ ١ ص ١٢٢ ، ١٢٣ الطبعة العامرة .
(٣) المرجع السابق جـ ١ ص ١٢٢ ، ١٢٣ .
(٤) المجموع جـ ٢ ص ٥٣٥ ، ص ٢٩٣ ، ٥٣٥ .

وأما المنذورة فقال القاضى أبو الطيب والمحاملى وابن الصباغ وآخرون لا يجوز قطعا لان المنذورة واجبة متعينة فأشبهت المكتوبة وقال الخراسانيون والماوردى والدارمى فى جوازه وجهان .. مبنيان على أن النذر يسلك به أقل واجب الشرع أم أقل ما يتقرب به فأن قلنا بالثانى جاز كالنافلة والافلا كالمكتوبة وتستبيح ما شاءت من النوافل بطهارة مفردة وتستبيح ما شاءت منها بطهارة الفريضة قبل الفريضة وبعدها .. وجاء فى المجموع « مذهبنا أنه لا يصح وضوء المستحاضة قبل وقتها ووقت المؤداة معروف ووقت المقضية معروف .. وفى النافلة المؤقتة وجهان أصحهما لا يصح التيمم لها الا بعد دخول وقتها والثانى يجوز وهما جاريان فى وضوء المستحاضة — وحكى أمام الحرمين وجها أنها لو شرعت فى الوضوء قبل الوقت بحيث أطبق آخره على أول الوقت صح وضوؤها وصلت به فريضة الوقت وهذا ليس بشىء — ودليل المذهب أنها طهارة ضرورة فلا يجوز شىء منها قبل الوقت لعدم الضرورة ... قال أصحابنا وينبغى أن تبادر بالصلاة عقب طهارتها فان أخرت ففيها أربعة أوجه الصحيح منها أنها ان أخرت لاشتغالها بسبب من أسباب الصلاة كستر العورة والاذان والاقامة والاجتهاد فى القبلة والذهاب الى المسجد الاعظم والسعى فى تحصيل سترة تصلى اليها وانتظار الجماعة ونحو ذلك جاز ، وان أخرت بلا عذر بطلتطهارتها لتفريطها والثانى تبطل طهارتها سواء أخرت بسبب الصلاة أو لغيره حكاه صاحب الحاوى وهو غريب ضعيف — الثالث يجوز التأخير وان خرج الوقت ولا تبطل طهارتها قال صاحب الابانة ما لم تصل الفريضة يعنى بعد الوقت قال وهذا قول القفال وشيخه الخضرى قياسا على التيمم ولأن الوقت موسع فلا نضيقه عليها وخروج الوقت لا يوجب نقض الطهارة ، ولان المبادرة لو وجبت خوفا من كثرة الحدث والنجس لوجب الاقتصار علىأركان الصلاة والرابع لها التأخير ما لم يخرج وقت الصلاة وليس لها الصلاة بعد الوقت بتلك الطهارة لان جميع الوقت فى حق الصلاة كالشىء الواحد فضبطت الطهارة به .. واذا توضأت المستحاضة لفريضة فانها تستبيح ما شاءت من النوافل وتبقى هذه الاستباحة مادام وقت الفريضة باقيا فاذا خرج الوقت فوجهان حكاهما الشيخ أبو حامد وصاحب الحاوى وآخرون قال أبو حامد الصحيح أنها لا تستبيح النفل بعد الوقت بذلك الوضوء وقطع البغوى بالاستباحة . وجاء فى باب التيمم أن من تيمم لفريضة فله التنفل بعد الوقت على أصح الوجهين والاصح هنا أنه لا يجوز لها ، والفرق أن حدثها متجدد ونجاستها متزايدة بخلاف التيمم (١) .

---

(١) المجموع جـ ٢ ص ٥٣٧ ، ٥٣٨ .

ومن ناحية أخرى يقرر الشافعية أن المستحاضة اذا أرادت الصلاة •• لزمها الاحتياط فى طهارتى الحدث والنجس فتغسل فرجها قبل الوضوء أو التيمم ان كانت تتيمم وتحشوه بقطنة وخرقة دفعا للنجاسة وتقليلا لها فان كان دمها قليلا يندفع بذلك وحده فلا شىء عليها غيره وان لم يندفع بذلك وحده اتخذت مع ذلك ما يمنع سيلان الدم • فان احتاطت وأخرت الوضوء وطال الزمن ثم توضأت ففى صحة وضوئها وجهان فان استوثقت بما اتخذته من حيطة ثم خرج دمها بلا تفريط لم تبطل طهارتها ولا صلاتها ولها أن تصلى ما شاءت من النوافل لعدم تفريطها ولتعذر الاحتراز عن ذلك • وقد ثبتت الاحاديث الصحيحة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال للمستحاضة « اذا أقبلت الحيضة فدعى الصلاة واذا أدبرت فاغسلى عنك الدم وصلى » فهذا مع حديث حمنة دليل لجميع ما ذكرناه وينضم اليه المعنى الذى قدمناه • وأما اذا خرج الدم لتقصيرها فى الاحتياط وزالت العصابة عن موضعها فزاد خروج الدم بسببه فانه يبطل طهرها وان كان ذلك فى اثناء الصلاة بطلت وان كان بعد فريضة لم تستبح نافلة لتقصيرها ••• وأما اتخاذ ما يمنع سيلان الدم منها لكل فريضة فينظر : ان زالت العصابة عن موضعها زوالا له تأثيره أو ظهر الدم على جوانب العصابة وجب التجديد بلا خلاف •• لان النجاسة كثرت وأمكن تقليلها والاحتراز عنها فوجب التجديد •• وان لم تزل العصابة عن موضعها ولا ظهر الدم فوجهان •• وجوب التجديد كما يجب تجديد الوضوء والثانى لا يجب اذ لا معنى للامر بازالة النجاسة مع استمرارها •• قال امام الحرمين وهذا الوجه غير سديد لانه لا خلاف فى الامر به • واذا زالت العصابة فلا أثر للزوال وانما الاثر لتجدد النجاسة (١) •

أما بالنسبة لنقض وضوئها فان بيان ذلك مرتبط بمسألة أخرى هى : هل الوضوء يرفع حدث المستحاضة ؟ عندهم فى المسألة ثلاثة طرق : أصحها دليلا كما فى المجموع أنه لا يرتفع شىء من حدثها ولكن تستبيح الصلاة وغيرها مع الحدث للضرورة (٢) • وحيث كان ذلك وحيث انهم نصوا على أن المستحاضة لا تصلى بطهارة واحدة أكثر من فريضة مؤداه أو مقضية ، فان طهارة المستحاضة تعتبر غير قائمة حكما بل يعتبر وضوؤها — الذى هو عديم الاثر فى رفع الحدث — غير قائم بمجرد الفراغ من الفريضة وان جاز لها أداء النافلة طالما كان وقت هذه الفريضة باقيا •• فاذا خرج الوقت فوجهان •• قال أبو حامد الصحيح انها

---

(١) المجموع جـ ٢ ص ٥٣٣ — ٥٣٥ .
(٢) المرجع السابق جـ ٢ ص ٥٣٦ ، ٥٣٨ .

لا تستبيح النفل بعد الوقت بذلك الوضوء وقطع البغوى بالاستباحة .. والاصح أنه لا يجوز ثم يضيف صاحب المجموع قوله قال أصحابنا رحمهم الله اذا توضأت المستحاضة فانقطع دمها انقطاعا محققا حصل معه برؤها وشفاؤها من علتها وزالت استحاضتها نظر : ان حصل هذا خارج الصلاة فان كان بعد صلاتها وقد مضت صلاتها صحيحة وبطلت طهارتها فلا تستبيح بها بعد ذلك نافلة وان كان قبل الصلاة بطلت طهارتها ولم تستبح تلك الصلاة ولا غيرها هذا هو المذهب وبه قطع الجمهور وقال صاحب المجموع : اعلم أن قول الاصحاب اذا شفيت يلزمها استئناف الوضوء المراد به اذا خرج منها الدم فى فى اثناء الوضوء أو بعده والا فلا يلزمها الوضوء بل تصلى بوضوئها الاول بلا خلاف .. أما اذا حصل الانقطاع فى نفس الصلاة ففيه وجهان .. الصحيح منهما باتفاق الاصحاب بطلان صلاتها وطهارتها والثانى : لا تبطل كالمتيمم والصواب الاول وفى باب التيمم أن الشافعى رحمه الله نص على بطلان صلاة المستحاضة دون التيمم .. هذا هو حكم انقطاع الشفاء أما اذا توضأت ثم انقطع دمها وهى تعتاد الانقطاع والعود أو لا تعتاد لكن أخبرها بذلك من يعتمد من أهل المعرفة فينظر ان كانت مدة الانقطاع

يسيرة لا تسع الطهارة والصلاة التى تطهرت لها فلها الشروع فى الصلاة فى حال الانقطاع ولا تأثير لهذا الانقطاع لان الظاهر عود الدم على قرب فلا يمكنها اكمال الطهارة والصلاة بلا حدث فلو امتد الانقطاع على خلاف عادتها أو خلاف ما أخبرت به تبينا بطلان طهارتها ووجب قضاء الصلاة أما اذا كانت مدة الانقطاع تسع الطهارة والصلاة فيلزمها اعادة الوضوء بعد الانقطاع لتمكنها منه فى حال الكمال ، فلو عاد الدم على خلاف العادة قبل التمكن ففى وجوب اعادة الوضوء وجهان أصحهما لا يجب فلو شرعت فى الصلاة بعد هذا الانقطاع من غير اعادة الوضوء ثم عاد الدم قبل الفراغ وجب قضاء الصلاة فى أصح الوجهين لانها حال الشروع كانت شاكة فى بقاء الطهارة وصحة الصلاة : هذا كله اذا عرفت عود الدم اما اذا انقطع وهى لا تدرى أيعود أم لا وأخبرها به من تثق بمعرفته فتؤمر باعادة الوضوء فى الحال ولا يجوز أن تصلى بالوضوء السابق لانه يحتمل أن هذا الانقطاع شفاء والاصل دوام هذا الانقطاع فان عاد الدم قبل امكان فعل الطهارة والصلاة فوجهان أصحهما أن الوضوء صحيح بحاله لانه لم يوجد انقطاع يغنى عن الصلاة مع الحدث . والثانى يجب الوضوء نظرا الى أول الانقطاع ولو خالفت وشرعت فى

الصلاة من غير اعادة الوضوء فان لم يعد الدم لم تصح صلاتها لظهور الشفاء وكذا ان عاد بعد امكان الوضوء والصلاة لتفريطها فان عاد قبل الامكان ففي وجوب اعادة الصلاة وجهان كما فى الوضوء لكن الاصح هنا وجوب الاعادة لأنها شرعت مترددة وعلى هذا لو توضأت بعد الانقطاع وشرعت فى الصلاة ثم عاد الدم فهو حدث جديد فيلزمها أن تتوضأ وتستأنف الصلاة [1] واذا توضأت ثم انقطع دمها انقطاعا يوجب بطلان الطهارة فتوضأت بعد ذلك ودخلت فى الصلاة فعاد الدم بطل وضوؤها ولزمها استئنافه .

مذهب الحنابلة :

جاء فى المغنى أن المستحاضة ومن به سلس البول أو الجريح ممن يستمر منه الحدث ولا يمكنه حفظ طهارته عليه الوضوء لكل صلاة بعد غسل محل الحدث وشده والتحرز من خروج الحدث بما يمكنه فالمستحاضة تغسل المحل ثم تحشوه أوما أشبهه ليرد الدم لقول النبى صلى الله عليه وسلم لحمنة حين شكت اليه كثرة الدم « أنعت لك الكرسف فانه يذهب الدم » فان لم يرتد الدم احتاطت بما يمنع سيلانه الى الخارج وهو المذكور فى حديث أم سلمة « لتستثفر بثوب » وقال لحمنة تلجمى لما قالت انه أكثر من ذلك فاذا فعلت ذلك ثم خرج الدم فان كان لرخاوة الشد فعليها اعادة الشد والطهارة . وان كان لغلبة الخارج وقوته وكونه لا يمكن شده أكثر من ذلك لا تبطل طهارتها لانه لا يمكن التحرز منه فتصلى ولو قطر الدم قالت عائشة « اعتكفت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم امرأة من أزواجه فكانت ترى الدم والصفرة والطست تحتها وهى تصلى رواه البخارى وفى حديث صلى وان قطر الدم على الحصير [2] ، ويلزم المستحاضة الوضوء لوقت كل صلاة الا أن لا يخرج منها شيء لما روى عدى ابن ثابت عن أبيه عن جده عن النبى صلى الله عليه وسلم فى المستحاضة تدع الصلاة أيام اقرائها ثم تغتسل وتصوم وتصلى وتتوضأ عند كل صلاة رواه أبو داود والترمذى وعن عائشة قالت جاءت فاطمة بنت أبى حبيش الى النبى صلى الله عليه وسلم فذكرت خبرها ثم قال « اغتسلى ثم توضئى لكل صلاة وصلى » رواه أبو داود والترمذى وقال حسن صحيح . ولانه خارج من السبيل فنقض الوضوء كالذى اذا ثبت هذا فان طهارة المستحاضة مقيدة بالوقت لقوله صلى الله عليه وسلم تتوضأ عند كل صلاة وقوله ثم توضئى لكل صلاة ولانها طهارةعذر وضرورة فتقيدت بالوقت

---

(١) المجموع ج ٢ ص ٥٣٢ ، ٥٣٩ ، ٥٤٠ .

(٢) المغنى ج ١ ص ٣٥٤ الطبعة السابقة .

كالتيمم [١] ، ويجوز للمستحاضة الجمع بين الصلاتين بوضوء واحد لان النبىَ صلى الله عليه وسلم أمر حمنة بنت جحش بالجمع بين الصلاتين بغسل واحد وأمر به سهلة بنت سهيل وغير المستحاضة من أهل الاعذار مقيس عليها وملحق بها [٢] ، ويقول ابن قدامة فى موضع آخر وحكم طهارة المستحاضة حكم التيمم فى أنها اذا توضأت فى وقت الصلاة صلت بها الفريضة ثم قضت الفوائت وتطوعت حتى يخرج الوقت نص على هذا أحمد .. لانه وضوء يبيح النفل فيبيح الفرض كوضوء غير المستحاضة .. وحديث حمنة ظاهر فى الجمع بين الصلاتين بوضوء واحد لانه لم يأمرها بالوضوء بينهما هو مما يخفى ويحتاج الى بيانه ولا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة [٣] . واذا توضأت المستحاضة قبل الوقت ثم دخل الوقت بطلت طهارتها لان دخوله ينتهى به الوقت الذى توضأت فيه وكذلك ان خرج منها شىء لان الحدث مبطل للطهارة وانما عفى عنه لعدم امكان التحرز عنه مع الحاجة الى الطهارة ولا حاجة قبل الوقت وان توضأت بعد الوقت صح وضوؤها ولم يؤثر فيه ما يتجدد من الحدث — دم الاستحاضة — الذى لا يمكن التحرز عنه فان صلت عقب الطهارة أو أخرتها لما يتعلق بمصلحة الصلاة كلبس الثياب وانتظار الجماعة أو لم تعلم أنه خرج منها شىء جاز وان أخرتها لغير عذر ففيه وجهان أحدهما الجواز قياسا على طهارة التيمم والثانى لايجوز لانه انما أبيح لها الصلاة بهذه الطهارة مع وجود الحدث للضرورة ولا ضرورة ها هنا وان خرج الوقت بعد أن خرج منها شىء أو أحدثت حدثا سوى هذا الخارج بطلت الطهارة قال أحمد فى رواية أحمد بن القاسم انما أمرها أن تتوضأ لكل صلاة فتصلى بذلك الوضوء النافلة والصلاة الفائتة حتى يدخل وقت الصلاة الاخرى فتتوضأ أيضا وهذا يقتضى الحاقها بالتيمم فى أنها باقية ببقاء الوقت يجوز لها أن تتطوع وتقضى الفوائت ما لم تحدث حدثا آخر أو يخرج الوقت [٤] .

مذهب الظاهرية :

جاء فى المحلى ، وظهور دم الاستحاضة أو العرق السائل من الفرج اذا كان بعد انقطاع الحيض فانه يوجب الضوء ولابد لكل صلاة تلى ظهور ذلك الدم سواء تميز

(١) المرجع السابق جـ ١ ص ٣٥٥ ، ٣٥٦ .
(٢) المغنى جـ ١ ص ٣٥٦ .
(٣) المغنى جـ ١ ص ٣٧٥ .
(٤) الشرح الكبير على المغنى جـ ١ ص ٣٥٧ ، ٣٥٨ .

دمها أو لم يتميز عرفت أيامها أو لم تعرف برهان ذلك ما روى عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة قالت : « استحيضت فاطمة بنت أبى حبيش الحديث السابق .. وعن ابى شهاب عن عروة بن الزبير عن فاطمة بنت أبى حبيش أنها كانت تستحاض فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا كان الحيض فانه دم أسود يعرف فأمسكى عن الصلاة واذا كان الاخر فتوضئى فانما عرق ، قال على فعمم عليه السلام كل دم خرج من الفرج بعد الحيضة ولم يخص وأوجب الوضوء منه لانه عرق .. وممن قال بايجاب الوضوء لكل صلاة على التى يتمادى بها الدم من فرجها متصلا بدم الحيض كثير من السلف قالت عائشة رضى الله عنها تغتسل وتتوضأ لكل صلاة ! ومن طريق عدى بن ثابت عن أبيه عن على بن أبى طالب المستحاضة تتوضأ لكل صلاة ثم ساق ابن حزم روايات وآراء متعددة وفى النهاية يستنتج من كلامه أنه يجوز للمستحاضة أن تصلى بهذا الوضوء ما شاءت من الفرائض والنوافل ما دامت طاهرا فان كانت محدثة فما يحل لها أن تصلى لا فرضا ولا نافلة (١) ، ويقول ابن حزم فى رده على من يرون أن خروج الوقت ناقض لوضوء المستحاضة ما وجدنا قط طهارة تنتقض بخروج الوقت وتصح بكون الوقت قائما ثم ساق آراء وروايات متعددة وفى النهاية أمكن أن نستنتج من كلامه أن المستحاضة اذ تتوضأ لكل صلاة فان وضوءها لهذه الصلاة بعينها ينتقض اذا أحدثت فهو يقول عن المستحاضة فان كانت طاهرا فانها تصلى ما شاءت من الفرائض والنوافل وان كانت محدثة فما يحل لها أن تصلى لا فرضا ولا نافلة (٢) .

مذهب الزيدية :

جاء فى المنتزع المختار وحيث المستحاضة تصلى فانه يلزمها أن تتوضأ لوقت كل صلاة اذا أتت بكل صلاة فى وقتها لان وضوءها ينتقض بدخول وقت الثانية كسلس البول ونحوه وهو الذى به جراح استمر اطراؤها فان كلا من هؤلاء يتوضأ لوقت كل صلاة .. ويجوز لها جمع التقديم والتأخير والمشاركة بوضوء واحد أما جمع التقديم والتأخير فواضح وأما جمع المشاركة فلا يستقيم الا على قول من جعله متسعا لعشر ركعات ليمكن أداء الوضوء والصلاتين فيه (٣) . وقالوا ان وضوء المستحاضة ينتقض بما عدا الدم من النواقض نحو أن يحدث أو يخرج من سائر جسدها دم أو نحو

(١) المحلى جـ ١ من ص ٣٥١ الى ص ٣٥٥ .

(٢) المحلى جـ ١ ص ٢٥٤ ، ٢٥٥ .

(٣) المنتزع المختار جـ ١ ص ١٦٢ ، ١٦٣ .

ذلك فانه ينتقض ويختص وضوؤها بأنه ينتقض بدخول كل وقت اختيارى لاى صلاة لا وقت الاضطرار . ويقول صاحب المنتزع المختار « وانما أتينا بكل ليدخل فى ذلك كل وقت ضرب للصلاة اختيارا من الخمس وغيرها كصلاة العيدين قال والاقرب أنه لا ينتقض بوقت ضرب لنافلة كصلاة الكسوف لأنه ليس بوقت محدد أو وقت مشاركة فأن وضوءها ينتقض به وقال بعضهم لا ينتقض الا بالوقت المتمحض [1] .

مذهب الامامية :

ويفرق الجعفرية بين دم دم الاستحاضة اذا كان قليلا وبينه اذا كان متوسطا أو كثيرا ، وقد جعلوا المدار فى هذه التفرقة على ما يبدو لها وتلاحظه فان ظهر دم الاستحاضة على ما وضعته لمنع سيلان الدم ولم يغمسه فانه يجب على المستحاضة تجديد الوضوء عند كل صلاة مع تغيير ما وضعته لمنع الدم لعدم العفو عن هذا الدم مطلقا ويجب غسل ما ظهر من الفرج عند الجلوس على القدمين [2] ، وهذه الحالة هى حالة الدم القليل أما اذا كان الدم متوسطا أو كثيرا فله حكم آخر عندهم سيأتى فى الغسل . وقد جاء فى مفتاح الكرامة وفى الخلاف الاجماع على أنها لا تجمع بين صلاتى فرض بوضوء واحد وفى التذكرة لا تجمع بين صلاتين سواء كانا فرضين أو نفلين عند علمائنا ، وفى الشرائع والذكرى لا تجمع بين صلاتين دون تقييد بفرض وكذا قال فى المنافع بعد أن ذكر أحكامها الثلاثة وقال تلميذه فى كشفه معناه لا تجمع فى المواضع التى تختصر فيها على الوضوء ولا يظن ظان أن هذا الحكم منسحب فى المواضع كلها وليكن على حذر من وهم المتأخر هنا تخيلا من كلام الشيخ فى المبسوط والخلاف أن المستحاضة لا تجمع بين فرضين بوضوء على سبيل الاطلاق وليس كذلك بل مراده ما ذكرناه فى حالة لا غسل عليها .. وفى المبسوط كما عن المهذب أنها اذا توضأت لفريضة صلت معها من النوافل ما شاءت [3] ، وجاء فى مفتاح الكرامة أيضا اذا رأت المستحاضة الدم قبل الفجر عملت بمقتضاه لصلاة الفجر من الوضوء ان كانت الاستحاضة قليلة والغسل ان كانت كثيرة أو متوسطة ثم القطنة ان خرجت نقية فهى طاهرة لا غسل عليها ولا وضوء من هذا الحدث للصلاة الآتية لزواله وان خرجت ملوثة فان علمت بانقطاعه بعد التلويث ولم تعلم وقت التلويث أنه قبل الاشتغال بواجبات الصلاة أو الوضوء فتكون طاهرة مثل ما اذا خرجت نقية أو كان بعد الفراغ من الصلاة فيكون هذا تجدد بعد الطهارة جزما كاحتمال أنه حدث فى أثناء الطهارة أو الصلاة أو ما بينهما فهل هو عفو أو حدث كغيره من الاحداث يكفى فى وجوب موجبه ؟ المختار الثانى

(١) المرجع السابق جـ ١ ص ١٦٣ ، ١٦٤ ، ١٦٥

(٢) الروضة البهية جـ ١ ص ٣٤ ، ٣٥ .

(٣) مفتاح الكرامة جـ ١ ص ٣٩٠ .

فمع احتمال حدوثه قبل الغسل فقط أو بعد الشروع يرجع الى مسألة من تيقن الطهارة والحدث جميعا وشك فى المتأخر .

وانقطاع دمها للبرء يوجب الوضوء قالوا ان الموجب فى الحقيقة هو الدم السابق على الانقطاع وهو قد يكون موجبا للوضوء وقد يكون موجبا للغسل ونص المصنف على عدم ايجابه الغسل وأطلق الشيخ القول بأن الانقطاع يوجب الوضوء من دون تقييد بكونه للبرء بل قد يظهر منه عدم كون الانقطاع للبرء حيث قال سواء عاد اليها الدم قبل الفراغ من الصلاة أو بعده اشارة الى خلاف من فرق بينهما من العامة قال فى الذكرى والأجود اعادة الطهارة اذا انقطع الدم بعدها وان لم تعلم الشفاء أو شككت فيه [1] .

مذهب الاباضية :

الذى عليه كثير من فقهاء الاباضية هو ان طهارة المستحاضة غسلها — كما سيأتى — غير أن فريقا منهم يقول انه لا غسل عليها من الاستحاضة، وهذا الفريق وحده هو الذى يرى ان على المستحاضة أن تغسل النجس وتتوضأ . ولها الا تغتسل بل تغسل النجس فقط وتتوضأ على القول بأنه لا اغتسال على المستحاضة [2] وجاء فى موضع آخر : [3]

(١) مفتاح الكرامة ج ١ ٣٩٣ ، ٣٩٤ ، ٣٩٦ ، ٣٩٧ .
(٢) شرح النيل ج ١ ص ١٤٥ .
(٣) المرجع السابق ج ١ ص ٢٠٩ .

هل تغتسل مستحاضة لكل صلاة ... وتتوضأ لكل صلاة أو تتوضأ مرة الا ان أحدثت ؟ خلاف عند الاباضية . ويرى بعض الاباضية أن المستحاضة تتوضأ لكل صلاة وهذا الفريق يقول ان وضوءها ينتقض اذا أحدثت بحدث آخر غير الحدث الذى توضأت من أجله ففى شرح النيل . . وتتوضأ لكل صلاة أو تتوضأ مرة الا ان أحدثت لغير ما توضأت له كدم جرح أو غائط . والرأى السائد عندهم أن الطهارة تجوز قبل الوقت الا فى التيمم — والاستحاضة على قول [4] . ومعنى ذلك أن على المستحاضة أن تتطهر فى الوقت حتى تؤدى بها الصلاة المفروضة فان خرج الوقت لزمتها طهارة جديدة

هل يجب على المستحاضة غسل

مذهب الحنفية :

يقرر بعض الحنفية أنه يستحب للمستحاضة أن تغتسل عند انقطاع دمها ، فبعد ان ساق الحصكفى حالات كثيرة يندب فيها الغسل قال : ولمستحاضة انقطع دمها »[5] .

مذهب المالكية :

اختلف المالكية فى حكم الغسل من دم الاستحاضة على الوجه الآتى :

جاء فى كفاية الطالب الربانى قال الباجى : اختلف فى انقطاع دم الاستحاضة على ثلاثة أقوال : فقيل لا أثر له — أى فقال مالك لا يستحب لها

(٤) شرح النيل ج ١ ص ٢١١ .
(٥) الدر المختار ج ١ ص ١٥٦ .

الغسل لانها طاهر وليس ثم موجب ولانه دم علة وفساد فأشبه الخارج من الدبر — وقيل تطهر منه استحبابا — وهو المعتمد كما أشار له خليل بقوله لا باستحاضة وندب لانقطاعه — واليه رجع مالك — أى أنه كان يقول أولا لا تغتسل ثم رجع الى استحباب الغسل واختاره ابن القاسم صرح بذلك الحطاب وعلل الاستحباب بأنها لا تخلو من دم غالبا . والقولان فى المدونة ، وقيل أنها تغتسل منه وجوبا على ظاهر نقل الباجى . وقال مالك مرة تغتسل ومرة ليس ذلك عليها . وقال ابن القاسم ذلك واسع (١) .

مذهب الشافعية :

عند الشافعية جاء فى المجموع مذهبنا أن طهارة المستحاضة الوضوء ولا يجب عليها الغسل لشىء من الصلوات الا مرة واحدة فى وقت انقطاع حيضها . وبهذا قال جمهور السلف والخلف .. وروى عن ابن عمر وعطاء بن أبى رباح رضى الله عنهم أنهم قالوا يجب عليها الغسل لكل صلاة وروى عن عائشة أنها قالت تغتسل كل يوم غسلا واحدا . ودليلنا ان الاصل عدم الوجوب فلا يجب الا ماورد الشرع به ، ولم يصح عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه أمرها بالغسل الا مرة واحدة عند انقطاع الحيض وهو قوله صلى الله عليه وسلم « اذا أقبلت الحيضة فدعى الصلاة واذا أدبرت فاغتسلى » وليس فى هذا ما يقتضى تكرار الغسل. وأما الاحاديث الواردة فى سنن ابى داود والبيهقى وغيرهما ان النبى صلى الله عليه وسلم أمرها بالغسل لكل صلاة فليس فيها شىء ثابت .. وانما صح فى هذا ما رواه البخارى ومسلم فى صحيحهما أن أم حبيبة بنت جحش رضى الله عنها استحيضت فقال لها النبى صلى الله عليه وسلم .. انما ذلك عرق فاغتسلى ثم صلى » فكانت تغتسل عند كل صلاة قا ل الشافعى رضى الله عنه أنما أمرها رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تغتسل وتصلى وليس فيه أنه أمرها أن تغتسل لكل صلاة ، قال ولا أشك ان غسلها « اى المتكرر » كان تطوعا غير ما أمرت به وذلك واسع لها هذا لفظ الشافعى رضى الله عنه وكذا قاله شيخه سفيان بن عيينة والليث بن سعد وغيرهما (٢) .

مذهب الحنابلة :

نقل ابن قدامة مذاهب بعض الصحابة والتابعين فى حكم غسل المستحاضة وساق أحاديث فى ذلك ثم قال : وهذا يدل على أن الغسل المأمور به فى سائر الاحاديث مستحب غير واجب ، والغسل لكل صلاة أفضل لما فيه من الخروج من الخلاف والاخذ بالثقة والاحتياط ، وهو أشد ما قيل ثم يليه فى الفضل والمشقة الجمع بين

(١) كفاية الطالب الربانى وحاشية العدوى جـ ١ ص ١٣٠ .

(٢) المجموع جـ ٢ ص ٥٣٥ ، ٥٣٦ .

صلاتين بغسل واحد والاغتسال للصبح ولذلك قال النبى صلى الله عليه وسلم فيه « وهو أعجب الامرين الى » ثم يليه الغسل كل يوم مرة ثم بعده الغسل عند انقطاع الحيض ، ثم تتوضأ لكل صلاة وهو أقل الامور ويجزئها [١] .

مذهب الظاهرية :

جاء فى المحلى . والمتصلة الدم الاسود الذى لا يتميز ولا تعرف أيامها فان الغسل فرض عليها ، ان شاءت لكل صلاة فرض أو تطوع ، وان شاءت - اذا كان قرب آخر وقت الظهر ، اغتسلت وتوضأت وصلت الظهر بقدر ما تسلم منها بعد دخول وقت العصر ، ثم تتوضأ وتصلى العصر ، ثم اذا كان قبل غروب الشفق اغتسلت وتوضأت وصلت المغرب بقدر ما تفرغ منها بعد غروب الشفق ثم تتوضأ وتصلى العتمة (العشاء) ثم تغتسل وتتوضأ لصلاة الصبح [٢] .

مذهب الزيدية :

نص الزيدية على أن المستحاضة تغتسل لكل صلاة فى الحالة التى تجوّز فيها أن دمها آخر الحيض وأول الطهر لانه ما من صلاة تأتيها الا وهى تجوز أن وقتها ذلك آخر الحيض وأول الطهر فيجب الغسل كما فى الحائض الا أنها اذا جمعت بين صلاتين مشتركتين كفاها غسل واحد ، وقد حددوا لهذه الفترة سبعة أيام من كل شهر تغتسل فيها لكل صلاة باستثناء الشهر الاول الذى بدأ نزول الدم عليها فيه فلا تغتسل فى تلك السبعة منه اذ هن وقت امكان والظاهر أن ما رأته فيها أنه حيض [٣] ، فلا صلاة عليها وبالتالى فلا غسل .

مذهب الامامية :

والجعفرية يوجبون الغسل فى حالتين الاولى : اذا غمس دم الاستحاضة القطنة من غير أن يسيل فانه يجب عليها أن تغتسل لصلاة الغداة كما يجب عليها تغيير الخرقة ، ومثل الغمس ما اذا ظهر عليها أو ثقبها ولم يسل .. وقد حكى الاجماع على وجوب هذا الغسل وأما الوضوء فالظاهر أنه لا يجتمع مع الغسل على ما جاء فى مفتاح الكرامة [٤] ، والحالة الثانية أن يسيل دم الاستحاضة فاذا سال وجب عليها غسل للظهر والعصر وغسل آخر للمغرب والعشاء [٥] ، وهذان الغسلان واجبان فوق ما تقدم من الواجبات الاخرى فى الحالتين السابقتين ففى الروضة البهية : وما يسيل يجب له جميع ما يجب فى الحالتين ويزيد عليهما أنها تغتسل أيضا للظهرين تجمع بينهما ثم العشاءين كذلك وتغير الخرقة فيهما أى فى الحالتين الوسطى والاخيرة [٦] .

(١) المغنى جـ ١ ص ٣٧٤ ، ٣٧٥ والشرح الكبير جـ ١ ص ٣٦٥ ، ٣٦٦ .
(٢) المحلى جـ ٢ ص ٢٧ .
(٣) شرح الازهار جـ١ ص١٦١، ١٦٢ والهامش
(٤) مفتاح الكرامة جـ ١ ص ٣٩٠ .
(٥) المرجع السابق جـ ١ ص ٣٩١ .
(٦) الروضة البهية جـ ١ ص ٣٥ .

مذهب الاباضية :

اختلف الاباضية فى حكم اغتسال المستحاضة على أقوال يدل عليها ما جاء فى النيل وشرحه ، وهل تغتسل مستحاضة لكل صلاة للفجر وغيره أو لكل صلاتين وتغتسل للفجر وحده أو تغتسل مرة فى الفجر ومرة فى المغرب أو تغتسل مرة عند خروجها من الحيض أو لصلاة النهار الفجر والظهر والعصر غسل وللمغرب والعشاء غسل أو غسل واحد لليل والنهار ؟ خلاف ، وان طهرت فى وقت الظهر اغتسلت وجمعت بينها وبين العصر وكذا ان طهرت عند المغرب اغتسلت وجمعت بينها وبين العشاء والذى يظهر أن الاصل أن تغتسل لكل صلاة وان شاءت اغتسلت لكل صلاتين وجمعتهما الا الفجر فله غسلة على حدة وذلك ترخيص منه صلى الله عليه وسلم اذ أمر المستحاضة بالغسل لكل صلاة ، ولما تطاول عليها ذلك أمرها بالغسل لكل صلاتين والجمع بينهما والغسل للفجر فعلم أن أمرها بالغسل لكل صلاة هو الأصل ، والغسل لصلاتين ترخيص ويحتمل أن يكون أمرها بالغسل لكل صلاة أمر ندب وتكفى غسلة لكل صلاتين فيعلم أيضا من أمرها بالغسل لكل صلاتين أن أمرها به لكل صلاة فى الحديث الاخر الذى هو قوله للانصارية السائلة « اغتسلى واستثفرى » ندب أو أنه الاصل والغسل لكل صلاتين ترخيص (١) .

(١) شرح النيل جـ ١ ص ٢٠٩ المطبعة السابقة .

المستحاضات وحكم كل نوع

يقسم بعض الفقهاء المستحاضة الى مبتدأة ومعتادة وكلا من هذين النوعين الى مميزة وغير مميزة ، وتكتفى بعض المذاهب بذكر أحكام المبتدأة والمعتادة وبعض المذاهب الاخرى تقسم الاستحاضة الى صغرى وكبرى ومتوسطة كما أشار الى ذلك الجعفرية عند كلامهم عن طهارة المستحاضة .

المبتداة :

يندرج تحتها المبتدأة المميزة والمبتدأة غير المميزة وان كانت بعض المذاهب لم تتقيد بهذه التسمية .

مذهب الحنفية :

المبتدأة وهى الصغيرة التى لم تر الدم قبل ذلك وبدأت فى رؤيته فى سن يحكم ببلوغها فيه أما أن تبلغ مستحاضة وما أن تبلغ برؤية عشرة دما مثلا وسنة طهرا ثم استمر بها الدم فالتى بلغت مستحاضة يقدر حيضها بعشرة أيام من كل شهر وباقيه طهر فشهر عشرون وشهر تسعة عشر (٢) ، ففى الهداية وان ابتدأت مع البلوغ مستحاضة فحيضها عشرة أيام من كل شهر والباقى استحاضة لانا عرفناه حيضا — أى عرفنا الدم المرئى فى العشرة حيضا فلا يخرج عن كونه حيضا بالشك (٣) .

وعن أبى يوسف رحمه الله أن حيضها ثلاثة أيام فى حق الصلاة والصوم وعشرة فى حق الوطء أخذا بالاحتياط (٤) وأما التى

(٢) فتح القدير جـ ١ ص ١٢١ المطبعة السابقة .
(٣) الهداية وشرح العناية جـ ١ ص ١٢٤ الطبعة السابقة .
(٤) فتح القدير جـ ١ ص ١٢٤ الطبعة السابقة .

بلغت فرأت عشرة دما وسنة أو سنتين طهرا ثم استمر بها الدم فعندهما طهرها ما رأت وحيضها عشرة أيام تدع الصلاة والصوم من أول زمان الاستمرار عشرة أيام وتصلى سنة أو سنتين فان طلقها زوجها تنقضى عدتها بثلاث سنين أو ست سنين وثلاثين يوما وأما العامة فقد اختلفوا فى التقدير فقال محمد بن شجاع طهرها تسعة عشر يوما لان أكثر الحيض فى كل شهر عشرة والباقى طهر وتسعة عشر بيقين ، وقال محمد بن سلمة طهرها سبعة وعشرون يوما فما دونها حيض لان أقل الحيض ثلاثة أيام فيرفع عن كل شهر فيبقى سبعة وعشرون يوما وقال محمد بن ابراهيم الميدانى طهرها ستة أشهر الا ساعة وعليه الاكثر لان أقل المدة التى يرتفع الحيض فيها ستة أشهر وهو أقل مدة الحمل الا أن ما عليه الاصل أن مدة الطهر أقل من مدة الحبل فنقصنا منه شيئا يسيرا وهو ساعة فتنقضى عدتها بتسعة عشر شهرا الا ثلاث ساعات لجواز أن يكون وقوع الطلاق عليها فى حالة الحيض فتحتاج الى ثلاثة أطهار كل طهر ستة أشهر الا ساعة ، وكل حيض عشرة أيام ، وقال الحاكم الشهيد طهرها شهران وهو رواية ابن سماعة عن محمد لان العادة مأخوذة من المعاودة والحيض والطهر مما يتكرر فى الشهرين عادة اذ الغالب أن النساء يحضن فى كل شهر مرة فاذا طهرت شهرين فقد طهرت أيام عادتها والعادة تنتقل بمرتين فصار ذلك الطهر عادة لها فوجب التقدير به ، قيل والفتوى على قول الحاكم لانه أيسر على المفتى والنساء ، وهو قول أبى على الدقاق [1] .

مذهب المالكية :

جاء فى كفاية الطالب الربانى : ومن تمادى بها الدم بلغت أى مكثت خمسة عشر يوما وهذا اذا كانت مبتدأة لانه أكثر الحيض فى حقها ، ثم بعد الخمسة عشر يوما يحكم لها بأنها مستحاضة مميزة كانت أو غير مميزة ، وثمرة ذلك أنها تطهر أى تغتسل ، ظاهره سواء كانت مميزة أو غير مميزة ، والذى فى الجواهر أنها تغتسل ان كانت تميز ما بين الدمين وان لم تميز فغسلها عند الحكم عليها بالاستحاضة مجز ... ومن ثمرته أيضا أنها تصوم وتصلى ويأتيها زوجها لان حكمها حينئذ حكم الطاهر فى جميع الاشياء [2] .

مذهب الشافعية :

يقول الرافعى المستحاضة المبتدأة المميزة وهى التى ترى الدم على نوعين أحدهما أقوى أو على ثلاثة أنواع أحدهما أقوى فترد الى التمييز بمعنى أنها تكون حائضا فى أيام الدم القوى مستحاضة فى أيام الدم الضعيف .. ثم انه يحكم بالتمييز بثلاثة شروط ، شرطان منها فى القوى وهما ألا يزيد على خمسة عشر وألا ينقص عن يوم وليلة ... والثالث فى الضعيف وهو ألا ينقص عن خمسة عشر

---

(١) شرح العناية حـ ١ ص ١٢١ .

(٢) كفاية الطالب الربانى حـ ١ ص ١٣٦ ، ١٣٧ .

يوما وذلك لانا نريد أن نجعل الضعيف طهرا والقوى بعده حيضة أخرى ... واذا بلغت الانثى سن الحيض فبدأ بها الدم لزمها أن تترك الصلاة والصوم كما ظهر الدم ولا يأتيها زوجها ثم لو انقطع لما دون أقل الحيض بان أنه لم يكن حيضا فتقضى الصلاة والصوم ... واذا كانت المبتدأة مميزة فلا تشتغل بالصوم والصلاة بانقلاب دمها من القوى الى الضعيف فانها لا تدرى أنه تجاوز الخمسة عشر أم لا فلابد لها من التربص فاذا تربصت وجاوز الخمسة عشر عرفت أنها مستحاضة وأن حيضها منحصر فى أيام القوى فتتدارك ما فات من الصوم والصلاة فى أيام الضعيف هذا حكم الشهر الاول وأما فى الشهر الثانى وما بعده فاذا انقلب الدم الى الضعيف اغتسلت وصامت وصلت ولم تتربص ... ثم لو اتفق الانقطاع قبل الخمسة عشر وشفيت فى بعض الادوار فالضعيف حيض مع القوى كما فى الشهر الاول واعلم أنه لا فرق فى كون الكل حيضا مهما انقطع الدم قبل مجاوزة الخمسة عشر بين أن يتقدم القوى على الضعيف أو يتقدم الضعيف هذا هو المشهور المقطوع به .. ثم المفهوم من اطلاقهم انقلاب الدم الى الضعيف أن يتمحض ضعيفا حتى لو بقيت خطوط من السواد وظهرت خطوط من الحمرة لا ينقطع حكم الحيض وانما ينقطع اذا لم يبق السواد أصلا وصرح امام الحرمين بهذا المفهوم [1] أما المبتدأة غير المميزة ففى المجموع أن فيها قولين مشهورين نص عليهما الشافعى رحمه الله فى الام فى باب المستحاضة أحدهما . حيضها يوم وليلة والثانى ستة أيام أو سبعة ... واختلفوا فى أصحهما فصحح الشيرازى .. قول الست أو السبع وصحح الجمهور فى الطريقين قول اليوم والليلة وعلى القولين ابتداء حيضها من أول رؤية الدم . ثم ما حكم بأنه حيض من يوم وليلة أو ست أو سبع فلها فيه حكم الحائض فى كل شىء وما فوق الخمسة عشر لها فيه حكم الطاهرات فى كل شىء وأما ما بين التحديد بيوم وليلة أو سبعة أيام أو بين الخمسة عشر ففيه قولان مشهوران أصحهما باتفاق الاصحاب أن لها حكم الطاهرات فى كل شىء فيصح صومها وصلاتها وطوافها وتحل لها القراءة ومس المصحف والجماع ويصح قضاء ما تقضيه فيه من صلاة وصوم وطواف وغيرها والثانى أنها تؤمر فى هذه المدة بالاحتياط الذى تؤمر به المتحيرة كما سيأتى . فاذا استمر بها الدم فى الشهر الثانى وما بعده فالحكم كما سلف فى الشهر الاول ومتى انقطع الدم فى بعض الشهور لخمسة عشر فما دونها تبينا أن جميع الدم فى ذلك الشهر حيض فتتدارك ما ينبغى تداركه من صوم وغيره مما فعلته بعد المرد وتبينا أن غسلها بعد المرد لم يصح لوقوعه فى الحيض ولا اثم عليها فيما فعلته بعد المرد من صوم وصلاة وغيرهما لانها معذورة قال أصحابنا وتثبت الاستحاضة بمرة واحدة بلا خلاف واذا لم تعرف

---

(١) فتح العزيز حـ ٢ من ص ٤٤٨ الى ص ٤٥٦

المبتدأة وقت ابتداء دمها فحكمها حكم المتحيرة ذكره الرافعي وهو ظاهر (١) .

مذهب الحنابلة :

قال الحنابلة ان المبتدأة أول ما ترى الحيض ولم تكن حاضت قبله اذا كان فى وقت يمكن حيضها وهى التى لها تسع سنين فصاعدا — اذا انقطع لأقل من يوم وليلة فهو دم فساد وان كان يوما وليلة فما زاد فانها تدع الصوم والصلاة لان دم الحيض جبلة وعادة ودم الاستحاضة لعارض والاصل عدمه . وظاهر المذهب أنها تنتظر يوما وليلة ثم تغتسل وتتوضأ لوقت كل صلاة وتصلى وتصوم فاذا انقطع دمها لاكثر الحيض فما دون اغتسلت غسلا ثانيا ثم تفعل ذلك فى الشهر الثانى والثالث فان كان فى الاشهر الثلاثة متساويا صار لها عادة فيجب عليها قضاء ما صامته من الفرض فيه وقد نقل عن أحمد فيها ثلاث روايات احداها أن تنتظر ستا أو سبعا والثانية تنتظر مقدار عادة نسائها والثالثة أنها تنتظر ما تراه من الدم ما لم يجاوز أكثر الحيض — قال بعضهم وليس هاهنا موضع الروايات وانما موضع ذلك اذا اتصل الدم وصارت مستحاضة فى الشهر الرابع وقد نقل عن أحمد ما يدل على صحة قول الاصحاب (٢) .. أما المميزة فهى التى لدمها اقبال وادبار بعضه أسود ثخين منتن وبعضه أحمر مشرق أو أصفر أو لا رائحة له ويكون الدم الاسود أو الثخين لا يزيد على أكثر الحيض ولا ينقص عن أقله فحكم هذه أن حيضها زمان الدم الاسود أو الثخين أو المنتن فان انقطع فهى مستحاضة تغتسل للحيض وتتوضأ بعد ذلك لكل صلاة وتصلى (٣) .

مذهب الظاهرية :

جاء فى المحلى فان رأت الجارية الدم أول ما تراه أسود فهو دم حيض ... تدع الصلاة والصوم ولا يطؤها بعلها أو سيدها ، فان تلون أو انقطع الى سبعة عشر يوما فأقل فهو طهر صحيح ... وان تمادى أسود تمادت على أنها حائض الى سبع عشرة ليلة ، فان تمادى بعد ذلك أسود فانها تغتسل ثم تصلى وتصوم ويأتيها زوجها وهى طاهر أبدا لا ترجع الى حكم الحائضة الا أن ينقطع أو يتلون فيكون حكمها اذا كان أسود حكم الحيض واذا تلون أو انقطع أو زاد على السبع عشرة حكم الطهر (٤) ... وفى المبتدأة غير المميزة يقول ابن حزم وأما المبتدأة التى لا يتلون دمها عن السواد ولا مقدار عندها لحيض متقدم فنحن على يقين من وجوب الصلاة والصيام عليها ونحن على يقين من أن الدم الأسود منه حيض ، ومنه ما ليس بحيض واذا كان الامر كذلك فلا يجوز لأحد أن يجعل برأيه بعض ذلك الدم حيضا وبعضه غير حيض لانه يكون شارعا فى الدين ما لم يأذن به الله ، أو قائلا على الله تعالى مالا علم لديه ، فان كان الامر ذلك فلا يحل لها ترك يقين

(١) المجموع حـ ٢ من ص ٣٩٧ الى ص ٤٠٢ .
(٢) المغنى حـ ١ ص ٣٤٣ ، ٣٤٤ .
(٣) المغنى حـ ١ ص ٣٢٤ ، ٣٢٥ .
(٤) المحلى حـ ٢ ص ٢٠٨ .

ما افترض الله عليها من الصوم والصلاة لظن فى بعض دمها أنه حيض ولعله ليس بحيض والظن أكذب الحديث (١) .

مذهب الزيدية :

جاء فى شرح الازهار فان استمر نزول الدم عليها وبقى يتردد حتى جاوز عشرة أيام فالمرأة لا تخلو اما أن تكون مبتدأة أو معتادة . فان كانت مبتدأة عملت بعادة قرائبها من قبل أبيها فان لم يوجدن فمن قبل أمها ... وهل يجب الترتيب فترجع الى الاقرب فالاقرب قال بعضهم لا ترتيب قال مولانا عليه السلام وفيه نظر فان اختلفن فكانت عادة أحداهن أكثر من غيرها فاختلف المتأخرون فى ذلك وان تغير الوقت فى الشهر الثانى وما بعده فان عد من — أى نساؤها — أو كنّ موجودات وهن مستحاضات أو لم تعرف عادتهن فبأقل الطهر وأكثر الحيض ، وفى شرح الابانة عند القاسمية وأحد قولى الناصر عند اللبس يكون حيضها عشرا وطهرها عشرين واحد قولى الناصر ترجع الى التمييز (٢) .

مذهب الامامية :

جاء فى مفتاح الكرامة أن رجوع المبتدأة مع فقد التمييز الى عادة نسائها اجماعى كما فى الخلاف .. وظاهر السرائر حيث قال الذى تجاوز دمها العشرة ولا تمييز لها فلترجع الى عادة نسائها من أهلها فان لم يكن نساء من أهلها فلترجع الى أبناء سنها ... وصرح فى المعتبر بأن رجوعها الى نسائها مشروط باتفاقهن كلهن ، واحتمل فى نهاية الاحكام رد المبتدأة الى أقل الحيض لأنه اليقين والزائد مشكوك فيه ولا يترك اليقين الا بمثله أو أمارة ظاهرة ، وردها الى الاكثر لانه دم يمكن كونه حيضا ولان الغالب كثرة الدم للمبتدأة . والرجوع الى الاقران بعد الاقارب هو المشهور بين الاصحاب ومذهب الاكثر . وأكثر هذه الكتب اشترط فيها اتحاد البلد بل هو داخل تحت المشهور ومذهب الاكثر ... وقال فى الخلاف فان كان نساؤها مختلفات العادة أو لا يكون لها نساء تركت الصلاة فى الشهر الاول ثلاثة أيام وفى الثانى عشرة ، وقد روى ترك الصلاة فى كل شهر ستة أيام أو سبعة ، فاذا لم يوجد من نسائها أو أقرانها من ترجع اليهن أو وجدن واختلفن فعند الامامية أقوال كثيرة(٣) .

أما المبتدأة المميزة فانها ترجع الى التمييز اذا توافرت شروطه والحكم برجوع المبتدأة الى التمييز هو مذهب فقهاء أهل البيت عليهم السلام . ويقول العاملى بل لا أجد فى ذلك خلافا وحكى بعضهم الاجماع عليه . وشروط التمييز ثلاثة :

الشرط الاول اختلاف لون الدم . فما شابه دم الحيض فهو حيض وما شابه دم الاستحاضة فليس حيضا ونسب ذلك الى فقهاء أهل البيت عليهم السلام .

الشرط الثانى مجاوزة الدم عشرة أيام .

والشرط الثالث كون ما هو بصفة الحيض

(١) المحلى حـ ٢ ص ٢١٠ .

(٢) شرح الازهار حـ ١ ص ١٥٤ ، ١٥٥ .

(٣) مفتاح الكرامة حـ ١ من ص ٣٥٢ الى ٣٥٦ .

لا ينقص عن الثلاثة ولا يزيد على العشرة .

وهناك شرط رابع وهو عدم قصور الضعيف المحكوم بكونه طهرا عن أقله وهو العشرة[1] .

مذهب الاباضية :

جاء في شرح النيل ، ومسائل الدماء دم الحيض ودم الاستحاضة تدور على خمسة أشياء ... الاوقات والأصول والانتساب والطلوع والنزول ، والنساء في هذه الخمسة قسمان مبتدأة وهي من لم يتقرر لها وقت في الحيض ولا في الطهر أو لم يتقرر لها في الطهر وذلك يتصور بمن أتاها الدم في المرة الاولى وبمن أتاها مرارا لكن على كيفية لا يثبت معها الوقت فاذا ثبت لها الوقت في الحيض دون الطهر بأن يزيد طهرها مثلا على أكثر مما يؤخذ وقتا للطهر ونحو ذلك من الاوقات التي لا تؤخذ فهي مبتدأة بالنسبة الى الطهر متعادة بالنسبة الى الحيض والمبتدأة بقسميها يثبت لها الوقت في الحيض والطهر بمرة ... والمبتدأة تنتسب في الطهر بغيرها وقال بعض أصحابنا انها تنتسب في الحيض أيضا والنفاس اذا دام بها الدم الى قريبتها أو الى مسلمة ان لم تجد قريبة ثم تنتظر بعد وقت من انتسبت اليه ثم تكون مستحاضة وذلك اذا زاد لها على أقل الحيض والصحيح انها تترك الى أقصى وقت الحيض والنفاس ثم تغتسل وتكون مستحاضة [2]

وهل تترك المستحاضة المبتدأة — عشرة وتصلي أخرى أو تدع خمسة عشر وتصلي مثلها أو تترك عشرة وتصلي عشرين أو تترك يوما وليلة وتصلي تسعة وعشرين لاعتياد الحيض في كل شهر ان لم يمنع بآفة وأقله ذلك ... أولا تترك الصلاة لشبهة عرضت بل تغتسل وتصلي حتى يفرج الله عنها ... أقوال ... في المبتدأة المستحاضة ... وبذلك الخلاف تنقضي عدتها ان طلقت الا على قول من قال : لا تترك الصلاة فانها لا تنقضي عليه عدتها حتى تحيض ثلاثة قروء وثلاثة أطهار بارتفاع الدم أو تأخذ بسنة أو بقول سنتين أو بقول ثلاثة أشهر تنزيلا لها منزلة الآيسة أو التي لم تحض أو تبلغ الاياس فتعتد بثلاثة أشهر [3] راجع مصطلح عدة » .

المعتادة

مذهب الحنفية :

يقرر الحنفية أن الدم اذا زاد على عشرة أيام وللمرأة عادة معروفة دونها ردت الى أيام عادتها فيكون الزائد على العادة استحاضة وان كان داخل العشرة .

وهل تترك الصلاة بمجرد رؤيتها الزيادة ؟ اختلف فيه فذهب أئمة بلخ الى أنها تؤمر بالاغتسال والصلاة لان حال الزيادة التي هي دون العشرة متردد بين الحيض والاستحاضة لانه ان انقطع الدم قبل العشرة كان حيضا وان جاوز العشرة كان استحاضة فلا تترك الصلاة مع التردد ، وقال مشايخ بخارى لا تؤمر بالاغتسال

(1) مفتاح الكرامة حـ ١ من ص ٣٤٨ الى ص ٣٥١ .

(2) شرح النيل حـ ١ ص ١٢٩ ، ١٣٠ ، ص ١٨٠ ، ١٨١ .

(3) شرح النيل حـ ١ ص ١٨٢ .

والصلاة لأنا عرفناها حائضا بيقين ودليل بقاء الحيض وهو رؤية الدم قائم ولا يكون استحاضة حتى تستمر فيجاوز العشرة ولا دليل على ذلك فلا تؤمر بالاغتسال والصلاة حتى يتبين أمرها فان جاوز العشرة أمرت بقضاء ما تركت من الصلاة بعد أيام عادتها — لانه ظهر أنه دم استحاضة لا يمنع الصلاة — قال فى المجتبى وهو الاصح .. واذا زاد الدم على العادة ولكنه لم يجاوز العشرة فالكل حيض بالاتفاق وانما الخلاف فى أنه يصير عادة لها أولا الا اذا رأت فى الثانى كذلك .. فعندهما لا وعند أبى يوسف نعم .. وانما تظهر ثمرة الخلاف فيما لو استمر بها الدم فى الشهر الثانى فعند أبى يوسف يقدر حيضها من كل شهر ما رأته آخرا وعندهما على ما كان قبله ... فاذا رأت أطهارا مختلفة ودماء مختلفة بأن رأت فى الابتداء خمسة دما وسبعة عشر طهرا ثم أربعة وستة عشر ثم ثلاثة وخمسة عشر ثم استمر بها الدم فعلى قول محمد بن ابراهيم تبنى على أوسط الاعداد وعلى قول أبى عثمان سعيد بن مزاحم تبنى على أقل المرتين الأخيرتين فعلى الاول تدع من أول الاستمرار أربعة وتصلى ستة عشر وذلك دأبها وعلى الثانى تدع ثلاثة وتصلى خمسة عشر فهذه عادة جعلية لها فى زمان الاستمرار ولذلك سميت جعلية لانها جعلت عادة للضرورة هكذا فى المصفى وفى غيره معزوا الى المبسوط ان كان حيضها مرة تحيض خمسة ومرة سبعة فاستحيضت فانها تدع الصلاة خمسة أيام ثم تغتسل لتوهم خروجها من الحيض وتصلى يومين بالوضوء لوقت كل صلاة لانها مستحاضة ولا يقربها زوجها فى هذين اليومين ولو كان آخر عدتها ليس للزوج مراجعتها فيها وليس لها أن تتزوج بآخر فيهما ثم تغتسل بعدهما لتوهم خروجها الآن فتأخذ بالاحتياط فى كل جانب وهذا التفصيل خلاف ما فى المصفى ... وحاصله أنها تأخذ بالاقل فى حق الصلاة والصوم وانقطاع الرجعة وبالاكثر فى التزوج وتعيد الاغتسال واذا رأت المعتادة قبل أيامها ما يكون حيضا وفى أيامها مالا يكون حيضا أو رأت قبلها مالا يكون وكذا فيها واذا جمعا كان حيضا أو رأت قبلها ما يكون ولم تر فيها شيئا لا يكون شيء من ذلك حيضا عند أبى حنيفة والامر موقوف الى الشهر الثانى عند الصاحبين فان رأت فيه كذلك يكون الكل حيضا (١) .

مذهب المالكية :

ويرى المالكية أن المعتادة اما أن تختلف عادتها واما أن لا تختلف فاذا لم تختلف استظهرت على مدة عادتها بثلاثة أيام ما لم تجاوز خمسة عشر يوما ، فاذا كانت عادتها سبعة أيام فى كل الشهور ثم استمر بها الدم فانها تمكث هذه المدة المذكورة وفوقها ثلاثة أيام ثم تصير بعد ذلك مستحاضة تصوم وتصلى ويأتيها زوجها . واذا كانت عادتها أربعة عشر يوما مكثت هذه المدة ثم تستظهر بيوم

(١) فتح القدير وشرح العناية حـ ١ ص ١٢٢ ، ١٢٣ .

واحد فان استمر بها الدم رغم ذلك تصير بعد الخمسة عشر مستحاضة ، وأما اذا اختلفت عادتها استظهرت على أكثر مدتها مثل أن تحيض فى بعض الازمنة عشرة أيام وفى بعضها الآخر خمسة أيام فانها تستظهر على العشرة بثلاثة أيام تصبح بعدها مستحاضة (١) .

ويقول المالكية : — ان الدم المميز فى زمن الاستحاضة بتغير رائحة أو لون أو رقة أو ثخن أو بتألمها — لا بكثرة أو قلة — بعد طهر تمّ خمسة عشر يوما ، حيض فان لم تميز فهى مستحاضة ولو مكثت طول عمرها أى باقية على أنها طاهر ولو مكثت طول عمرها وتعتد عدة المرتابة بسنة بيضاء وكذا لو ميزت قبل تمام الطهر فهى مستحاضة أى ولا عبرة بذلك التمييز ولا فائدة له كما نقله أبو الحسن عن التونسى . ولا تستظهر المميزة بل تقتصر على عادتها اذا ثبت أن الدم المميز بعد طهر تم حيض واستمر ذلك الدم المميز نازلا عليها فانها تمكث أكثر عادتها فقط وترجع مستحاضة كما كانت قبل التمييز ولا تحتاج لاستظهار لانه لا فائدة فيه لان الاستظهار فى غيرها رجاء أن ينقطع الدم وهذه قد غلب على الظن استمراره وهذا قول مالك وابن القاسم خلافا لان الماجشون حيث قال باستظهارها على أكثر عادتها . على أن عدم الاستظهار عند مالك وابن القاسم مقيد بما اذا تغير الدم الذى ميزته بعد عادتها ولم يستمر على حالته — بصفة الحيض المميز — واما لو استمر على حالته — بصفته المذكورة — فانها تستظهر على أكثر عادتها على المعتمد خلافا لمن قال ان عدم الاستظهار عند مالك وابن القاسم مطلق غير مقيد (٢) .

مذهب الشافعية :

جاء فى المجموع اذا كان لها عادة دون خمسة عشر يوما فرأت الدم وجاوز عادتها وجب عليها الامساك كما تمسك عنه الحائض لاحتمال الانقطاع قبل مجاوزة خمسة عشر فيكون الجميع حيضا ... وان جاوز خمسة عشر علمنا أنها مستحاضة فيجب عليها أن تغتسل . ثم ان كانت غير مميزة ردت الى عادتها فيكون حيضها أيام العادة فى القدر والوقت وما عدا ذلك فهو طهر تقضى صلاته قال أصحابنا وسواء كانت العادة أقل الحيض والطهر أو غالبها أو أقل الطهر وأكثر الحيض أو غير ذلك وسواء قصرت مدة الطهر أو طالت طولا متباعدا فترد فى ذلك الى ما اعتادته من الحيض والطهر ويكون ذلك دورها أى قدر كان . فان استمر بها الدم فى الشهر الثانى وجاوز العادة اغتسلت عند مجاوزة العادة لان الاستحاضة علة مزمنة فالظاهر دوامها واذ قد علمنا بالشهر الاول أنها مستحاضة فالظاهر بقاؤها مستحاضة فتغتسل فى كل شهر عند مجاوزة العادة وتصلى وتصوم — يعنى تصير طاهرا فى كل شىء من الصوم والصلاة والوطء والقراءة وغيرها ... وهكذا تفعل فى كل شهر فان انقطع دمها فى بعض

(١) كفاية الطالب الربانى حـ ١ ص ١٣٨ ، ١٣٩ .

(٢) الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقى عليه حـ ١ ص ١٧١ .

الشهور على خمسة عشرفما دونها علمنا أنها ليست مستحاضة فى هذا الشهر وأن جميع ما رأته فيه حيض فتتدارك ما يجب تداركه من الصوم وغيره وكذا ان كانت قضت فى هذه الايام صلوات أو طافت أو اعتكفت تبينا بطلان جميع ذلك لمصادفته الحيض ... واذا صامت بعد أيام العادة فى الشهر الثانى وما بعده وطافت وفعلت غير ذلك مما تفعله الطاهر المستحاضة صح ذلك ولاقضاء عليها بلا خلاف [١] .

واذا تقدم حيضها أو تأخر أو زاد أو نقص ثم استحيضت بعد هذا ، فانها ترد الى آخر ما رأت من ذلك لان ذلك أقرب الى شهر الاستحاضة [٢] .

أما اذا كان لها عادات منتظمات مثل أن تحيض من شهر ثلاثة أيام ثم من الذى بعده خمسة ثم من الذى بعده سبعة ثم تعود فى الشهر الرابع الى الثلاثة وفى الخامس الى الخمسة وفى السادس الى السبعة ... وهكذا فتكررت لها هذه العادة ثم استحيضت وأطبق الدم ففى ردها الى العادة وجهان مشهوران ... أصحهما ترد اليها ... والثانى لا ترد [٣] .

أما اذا كانت معتادة مميزة بان كان عادتها خمسة من أول الشهر مثلا .. ثم استحيضت وهى مميزة فان وافق التمييز العادة بأن رأت الخمسة الاولى سوادا وباقى الشهر حمرة فحيضها الخمسة بلا خلاف وان لم يوافقها فثلاثة أوجه [٤] .

وان كانت المستحاضة ناسية مميزة وهى التى كانت لها عادة فنسيت عادتها ولكنها تميز الحيض من الاستحاضة باللون فانها ترد الى التمييز [٥] .

مذهب الحنابلة :

من أقسام المستحاضة عند الحنابلة من لها عادة ولا تمييز لها لكون دمها على صفة واحدة فلا يتميز بعضه عن بعض ... وكذلك ان كان مختلفا فى صفاته الا أن الدم الذى يصلح للحيض دون أقل الحيض أو فوق أكثره فهذه لا تمييز لها فاذا كانت لها عادة قبل أن تستحاض انتظرت أيام عادتها واغتسلت عند انقضائها ثم تتوضأ بعد ذلك لوقت كل صلاة وتصلى . لحديث أم سلمة [٦] ، وقد روى فى حديث فاطمة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لها « دعى الصلاة قدر الايام التى كنت تحيضين فيها ثم اغتسلى وصلى » متفق عليه وفى لفظ قال : اذا أقبلت الحيضة فاتركى الصلاة فاذا ذهب قدرها فاغسلى عنك الدم وصلى متفق عليه وروت أم حبيبة أنها سألت النبى صلى الله عليه وسلم عن الدم فقال لها « أمكثى قدر ما كانت تحبسك حيضتك ثم اغتسلى وصلى » رواه مسلم وروى عدى بن ثابت عن أبيه عن جده عن النبى صلى الله

(١) المجموع حـ ٢ ص ٤١٥ ، ٤١٦ ، ٤١٧ .
(٢) متن المجموع حـ ٢ ص ٤٢٢ .
(٣) المجموع حـ ٢ ص ٤٢٨ ، ٤٣٠ .
(٤) المرجع السابق حـ ٢ ص ٤٣١ ، ٤٣٢ .
(٥) المرجع السابق حـ ١ ص ٤٣٣ .
(٦) عن المرأة التى كانت تهراق الدم سبق ذكره .

عليه وسلم قال فى المستحاضة « تدع الصلاة أيام أقرائها ثم تغتسل وتصوم وتصلى وتتوضأ عند كل صلاة » أخرجه أبو داود والترمذى [١] .

ويقول ابن قدامة : — من أقسام المستحاضة من لها عادة وتمييز وهى من كانت لها عادة فاستحيضت ودمها متميز بعضه أسود وبعضه أحمر ، فان كان الاسود فى زمن العادة فقد اتفقت العادة والتمييز فى الدلالة فيعمل بهما وان كان أكثر من العادة أو أقل ويصلح أن يكون حيضا ففيه روايتان . أحدهما يقدم التمييز فيعمل به وتدع العادة وهو ظاهر كلام الخرقى . ولم يفرق بين معتادة وغيرها واشترط فى ردها الى العادة الا يكون دمها متصلا ... وظاهر كلام أحمد اعتبار العادة وهو قول أكثر الاصحاب لأن النبى صلى الله عليه وسلم رد أم حبيبة والمرأة التى استفتت لها أم سلمة الى العادة ولم يفرق ولم يستفصل بين كونها مميزة أو غيرها . وحديث فاطمة قد روى فيه ردها الى العادة وفى لفظ آخر ردها الى التمييز فتعارضت روايتان وبقيت الأحاديث الباقية خالية عن معارضة فيجب العمل بها [٢] فاذا كانت المستحاضة ذاكرة لوقت عادتها ولكنها نسيت عدد أيامها كالتى تعلم أن حيضها فى العشر الأول من الشهر ولا تعلم عدده فهى فى قدر ما تجلسه كالمتحيرة — التى سيأتى حكمها تفصيلا — تجلس ستا أو سبعا فى أصح الروايتين الا أنها تجلسها من العشر دون غيرها . وهل تجلسها من أول العشر أو بالتحرى ؟ على وجهين . وقد تكون المستحاضة ناسية لوقتها ذاكرة لعدد أيامها وهذه تتنوع نوعين أحدهما الا تعلم لها وقتا أصلا ، فانها تجلس خمسة من كل شهر . أما من أوله أو بالتحرى على اختلاف الوجهين والثانى أن تعلم لها وقتا مثل أن تعلم أنها كانت تحيض أياما معلومة من العشر الأول من كل شهر فانها تجلس عدد أيامها من ذلك الوقت دون غيره . ولا يعتبر التكرار فى الناسية لأنها عرفت استحاضتها فى الشهر الأول فلا معنى للتكرار .. واذا ذكرت الناسية عادتها بعد جلوسها فى غيره رجعت الى عادتها لأن تركها لعارض النسيان فاذا زال العارض عادت الى الأصل وان تبين أنها كانت تركت الصلاة فى غير عادتها لزمها اعادتها . ويلزمها قضاء ما صامته من الفرض فى عادتها [٣] .

المذهب الظاهرى :

جاء فى المحلى « فأما التى قد حاضت وطهرت فتمادى بها الدم فحكمها كالحكم الذى تقرر للمبتدأة التى يتمادى بها الدم — الا فى تمادى الدم الأسود متصلا فانها اذا جاءت الأيام التى كانت تحيضها أو الوقت الذى كانت تحيضه أما مرارا فى الشهر أو مرة فى الشهر أو مرة فى أشهر أو فى عام — : فاذا جاء ذلك الأمد أمسكت عما تمسك به الحائض ، فاذا انقضى ذاك الوقت اغتسلت وصارت

(١) المغنى حـ ١ ص ٤٢٨ ، ٤٢٩ .
(٢) المرجع السابق حـ ١ ص ٣٣٢ الى ٣٣٥ .
(٣) المغنى جـ ١ ص ٣٤٠ — ٣٤١ — ٣٤٢ .

فى حكم الطاهر فى كل شىء وهكذا أبدا ما لم يتلون الدم أو ينقطع • فان كانت مختلفة الأيام بنت على آخر أيامها قبل أن يتمادى بها الدم [١] •

مذهب الزيدية :

جاء فى شرح الأزهار : وأما ان كانت معتادة يعنى ثبتت لها عادة وقتا وعددا — فأما التى أتاها مرة واحدة مثلا ثم استحيضت فى الثانية أو تغيرت عادتها واستحيضت حال تغيرها فحكمها حكم المبتدأة — وأما التى قد ثبتت عادتها ثم استحيضت قبل تغيرها فتجعل قدر عادتها حيضا فيكون حكمها حكم الحائض فى ذلك القدر ، وتجعل الزائد على ذلك القدر طهرا فيكون لها أحكام الطاهر فتقضى ما تركت من الصلاة فى الأيام الزائدة على العادة • وجاء فى موضع آخر أن للمستحاضة أحوال منها تلك الحالة التى أتاها الدم فى غير وقت عادتها عقيب طهر صحيح وزاد عددها على ما تعتاده واستمر بها الدم فلم تغير عادتها به فلزمها أن تجعل ما بعد العشر استحاضة الى وقت عادتها ثم تجعل الزائد على العدد المعتاد فى الشهور المستقبلة مما تجوز فيه بأنه طهر أو حيض فاستوى فى الوطء جانب الحظر والاباحة الى آخر اليوم العاشر فرجح جانب الحظر • قال عليه السلام فقلنا ولا تصلى • وكان القياس الا تصوم أيضا كالصلاة الا أنه قد ورد أن صوم يوم الشك أولى من افطاره فقلنا بل تصوم [٢] •

ومن ناحية أخرى فان المستحاضة المعتادة اذا نسيت عادتها دون وقتها وذلك بأن تكون ذاكرة لوقتها ناسية لعددها فانه اذا جاء وقت حيضها المعتاد فانها تقطع فى ثلاثة أيام ابتداؤها من ذلك الوقت أنها تحيض • ثم تجوز فى كل يوم بل فى كل وقت مما زاد على الثلاث أنه حيض وأنه طهر وأنه انتهاء حيضها وابتداء طهرها وهكذا فى سبعة أيام بعد الثلاث • وبعد الثلاث والسبع تعمل على أن ما بعدها طهر • وحكمها فى هذه السبع من الشهور المستقبلة حكم المتحيرة والتى سيأتى ذكرها • لكن تغتسل فى هذه الأيام السبعة • التى جوزتها انتهاء حيض وابتداء طهر بعد مضى الشهر الاول لا فى السبع منه •

مذهب الامامية :

يذهب الامامية الى أنه اذا تجاوز الدم بالمرأة عشرة أيام فان كانت ذات عادة مستقرة — وهى التى يتساوى دمها أخذا وانقطاعا مدة شهرين متواليين — فانها ترجع الى تلك العادة اجماعا • هذا اذا لم تكن ذات تمييز يخالفها ، وهى التى سيأتى حكمها ، أما اذا كانت المعتادة غير مميزة فانها تترك الصلاة والصوم برؤية الدم فان جاوز دمها العشرة ترجع الى عادتها [٣] ومعنى

---

(١) المحلى حـ ٢ ص ٢٠٢ ، ٢١٠ .

(٢) شرح الازهار حـ ١ ص ١٥٥ ، ١٥٧ ، ص ١٦١ ، ١٦٢ .

(٣) مفتاح الكرامة حـ ١ ص ٣٤٦ ، ٣٤٨ والمختصر النافع ص ٣٣ .

ذلك أن الزائد على أيام عادتها يعتبر استحاضة .

أما اذا كانت المعتادة مميزة فلا يخلو اما أن يكون التمييز غير مخالف للعادة فى زمانه وفى هذه الحالة تعمل بالعادة والتمييز وذلك بدهى لأن كلا من الامرين يؤكد ما يدل عليه الآخر ، واما أن يكون التمييز مختلفا عن العادة من حيث الزمان ، وفى حكم هذه الحالة أقوال ثلاثة :

أحدهما : أنه يجب عليها أن تقدم العادة لأنها أقوى من التمييز ، وهو مذهب الأكثر وسائر المتأخرين .

والقول الثانى : أن التمييز أرجح من العادة والقول الثالث : أن المستحاضة مخيرة فى العمل بأى منهما وهو مذهب الطوسى[1] واذا نسيت المعتادة عادتها فان كانت ذاكرة لوقت الحيض ناسية للعدد فان الحكم فيها ان كانت ذاكرة لأول الحيض أن تجعل حيضها أقل ما يمكن الحيض فيه وهو ثلاثة أيام ثم تغتسل بعد ذلك وتصلى فيما بعد اذا عملت ما تعمله المستحاضة عند كل صلاة احتياطا وان ذكرت آخر الحيض جعلت ما قبله حيضا ثلاثة أيام ووجب عليها الغسل فى آخرها وعملت فيما عدا ذلك ما تعمله المستحاضة وتصلى ، وان كانت غير ذاكرة لأول الحيض ولآخره فينبغى لها أن تجعل ذلك اليوم مقطوعا على أنه حيض ولا تجعل ما قبله حيضا لجواز أن يكون ذلك أول الحيض ولا تجعل ما بعده لجواز أن يكون ذلك آخر الحيض وينبغى أن تترك الصلاة والصوم ذلك اليوم . وفيما عدا ذلك تعمل عمل المستحاضة عند كل صلاة ثم تقضى الصوم عشرة أيام لأنها تعلم أن أكثر الحيض لا يكون أقل من عشرة أيام احتياطا[2] .

أما اذا كانت ذاكرة للعدد ناسية للوقت فانها تتخير فى تخصيص وقت للحيض ان لم يتميز دمها . وان تميز دمها خصصت العدد بما هو بصفة الحيض أى أنها تتخير مع عدم الأمارة .. وقيل تعمل فى الجميع عمل المستحاضة وتغتسل لانقطاع الحيض فى كل وقت يحتمله .. وفى الخلاف : الناسية لوقتها ولا تمييز لها تترك الصوم والصلاة فى كل شهر سبعة أيام وتغتسل وتصلى الباقى وتصوم فيما بعد ولا قضاء عليها فى صوم ولا صلاة اجماعا[3] .

مذهب الاباضية :

جاء فى شرح النيل : ان كانت عادتها ثلاثة أيام ثم تمادى بها الدم بعدها فانتظرت فرأت طهرا على تمام اليومين اللذين انتظرت فيهما .. وتوالى لها ذلك ثلاث مرات فلتنتقل لخمسة فان زادت بعدها وتوالى فالى سبعة ثم هى كذلك الى عشرة[4] . واذا زاد الدم أكثر من أيام الانتظار تركت الصلاة فى أيام الانتظار واغتسلت وصلت بعدها فاذا عاد لها ذلك فعلت كذلك وهى

(١) مفتاح الكرامة حـ ١ ص ٣٥٦ ، ٣٥٧ .

(٢) المرجع السابق حـ ١ ص ٣٥٩ .
(٣) المرجع السابق حـ ١ ص ٣٥٨ .
(٤) شرح النيل حـ ١ ص ١٨٤ .

مستحاضة فيما زاد .. وما ميزته مستحاضة بعد طهر تام حيض فى العبادات قال ابن حارث اتفاقا وفى العدة قولان : قال ابن بشير ان كانت أيام الدم أكثر فمستحاضة بلا خلاف وان كانت أقل أو سواء فمستحاضة على المشهور [١] .

حكم المتحيرة

يراد بالمتحيرة فى اصطلاح الفقهاء : المستحاضة التى استمر بها الدم ونسيت عادتها وعدد أيامها وأولها وآخرها ودورها [٢] وسميت بالمتحيرة لتحيرها فى شأنها . وقد تسمى محيرة أيضا لأنها تحير الفقيه فى أمرها [٣] وبعض المذاهب يطلق على من استمر بها الدم الى مالا نهاية عبارة (المرتابة) [٤] وبعضهم يسميها المبتلاة [٥] .

مذهب الحنفية :

جاء فى فتح القدير أن المرأة اذا كانت صاحبة عادة فاستمر بها الدم ونسيت عدد أيامها وأولها وآخرها ودورها فانه يجب عليها أن تتحرى وتمضى على أكبر رأيها ، فان لم يكن لها رأى — وهى المحيّرة — لا يحكم لها بشىء من الحيض والطهر على التعيين بل تأخذ بالأحوط فى حق الاحكام فتجتنب ما تجتنبه الحائض من القراءة والمس ودخول المسجد وقربان الزوج ، وتغتسل لكل صلاة فتصلى به الفرض والوتر وتقرأ ما تجوز به الصلاة فقط ، وقيل الفاتحة والسورة لأنهما واجبتان ، وان حجت تطوف طواف الزيارة لأنه ركن ثم تعيده بعد عشرة أيام ، وتطوف للصدر لأنه واجب وتصوم شهر رمضان ثم تقضى خمسة وعشرين يوما لاحتمال كونها حاضت من أوله عشرة ومن آخره خمسة أو بالعكس ثم يحتمل أنها حاضت فى القضاء عشرة فتسلم خمسة بيقين . وهل يقدر لها طهر فى حق العدة ؟ اختلفوا فيه والفتوى على قول محمد بن الحسن وهو تقدير طهرها بشهرين [٦] .

مذهب المالكية :

يعبر المالكية عن المتحيرة بتعبير المرتابة ، ويبدو أنهم لم يفردوا لها أحكاما خاصة تميزها عن باقى المستحاضات على خلاف ما قررته المذاهب الأخرى . فقد جاء فى الشرح الكبير : والدم المميز فى زمن الاستحاضة بتغير رائحة أو لون أو رقة أو ثخن أو بتألمها ... بعد طهر تم خمسة عشر يوما حيض ، فان لم تميز فهى مستحاضة ولو مكثت طول عمرها [٧] وقد علق العلامة الدسوقى على هذه العبارة الأخيرة بقوله : أى باقية على أنها طاهر ولو مكثت طول عمرها وتعتد عدة المرتابة بسنة بيضاء

(١) شرح النيل حـ ١ ص ١٨٧ .
(٢) فتح القدير حـ ١ ص ١٢١ .
(٣) فتح العزيز حـ ٢ ص ٤٩١ .
(٤) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى حـ ١ ص ١٧١ .
(٥) شرح النيل حـ ١ ص ١٨٠ .
(٦) فتح القدير حـ ١ ص ١٢١ ، ١٢٢ .
(٧) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى حـ ١ ص ١٧١ .

مذهب الشافعية :

وعند الشافعية فى حكم المتحيرة — وهى التى نسيت عادتها قدرا ووقتا قولان أحدهما أنها مردودة الى المبتدأة . والثانى وهو أصحهما أنها مأمورة بالاحتياط غير مردودة الى المبتدأة . ويمكن حصر أحكامها فى ستة أمور :

الاول : أنه لا يحل وطؤها . وعن الماوردى أنه لا بأس بوطئها .

الثانى : أن المتحيرة لا تقرأ القرآن لاحتمال الحيض . وعلى قول تقرأ اذ لا نهاية لعذرها . وهل تزيد على الفاتحة فى الصلاة ؟ وجهان أظهرهما نعم ، وحكمها فى دخول المسجد حكم الحائض أما مس المصحف وحمله فحرام عليها .

الثالث : أنها تصلى الخمس أبدا لان كل وقت أفرد بالنظر فمن الجائز كونها طاهرة فيه فتأخذ بالاحتياط وهل لها أن تتنفل ؟ فيه وجهان أصحهما نعم . ثم يلزمها أن تغتسل لكل فريضة لاحتمال الانقطاع قبلها ويجب أن يقع غسلها فى الوقت كالتيمم . ولا يلزمها المبادرة الى الصلاة عقيب الغسل وقيل يلزمها كما فى وضوء المستحاضة (١) .

الرابع : أن المتحيرة تصوم جميع شهر رمضان لاحتمال أنها طاهر فى الكل والمنقول عن الشافعى رضى الله عنه أنه يجزيها خمسة عشر يوما . وأكثر الاصحاب على اختلاف الطبقات لا يجزيها الا أربعة عشر يوما لاحتمال أن يبتدىء حيضها فى أثناء نهار ويمتد خمسة عشر يوما فينقطع فى أثناء نهار أيضا فتنبسط الخمسة عشر على ستة عشر ويفسد صومها — ثم عليها أن تقضى ستة عشر يوما وهذا اذا كان الشهر كاملا .. اما اذا كان ناقصا فعلى المنقول عن الشافعى لا يختلف وتقضى أربعة عشر يوما . وعلى قول الاكثرين المقضى لا يختلف ويحسب لها ثلاثة عشر يوما ... ثم انها اذا أدت الصلاة الخمس . لا يجب عليها القضاء ويجزيها ذلك الاداء لانها ان كانت طاهرا وقت الصلاة المؤداة أجزأها ما فعلت والا فلا صلاة عليها اذ لا يجب قضاء صلوات أيام الحيض وأيضا فان قضاء الصلاة يفضى الى حرج شديد (٢) .

الخامس : اذا كان عليها قضاء يوم واحد فانما تخرج عن عهدته بصوم ثلاثة أيام بأن تصوم يوما متى شاءت وتفطر يوما وتصوم اليوم الثالث ثم اليوم السابع عشر وأما اذا قضت أكثر من يوم فتضعف ما عليها وتزيد يومين ثم تصوم نصف المجموع ولاء متى شاءت وتصوم مثل ذلك من أول السادس عشر فتخرج عن العهدة — ولو أنها صامت ما عليها على الولاء متى شاءت من غير زيادة وأعادته من أول السابع عشر وصامت بينهما يومين — لخرجت عن العهدة . وان كانت الصلوات التى تريدها أكثر من واحدة فلها طريقان أحدهما أن تنزلها منزلة الصلاة الواحدة فتصليها على الولاء ثلاث مرات ، والثانى أن تنظر فيما عليها ان لم يكن فيه اختلاف فتضعفه وتزيد عليه صلاتين أبدا وتصلى نصف

---

(١) فتح العزيز حـ ٢ ص ٤٩٤ ، ٤٩٦ .

(٢) المرجع السابق حـ ٢ ص ٤٩٦ ، ٥٠٤ .

الجملة ولاء ثم النصف الآخر فى أول السادس عشر من أول الشروع فى النصف الاول . والطواف بمثابة الصلاة واحدا كان أو عددا . ويكفى غسل واحد للطواف

السادس : عدة المتحيرة اذا طلقها زوجها نقل عن الرافعى أن عدتها تنقضى بثلاثة أشهر لان الغالب أن يكون للمرأة فى كل شهر حيضة . ثم فى كيفية اعتدادها بالاشهر كلام ذكر فى باب العدة .

أنظر عدة

مذهب الحنابلة :

جاء فى المغنى أن المستحاضة التى تكون ناسية لوقتها وعددها يسميها الفقهاء المتحيرة وحكمها أنها تنتظر فى كل شهر ستة أيام أو سبعة يكون ذلك حيضا ثم تغتسل وهى فيما بعد ذلك مستحاضة تصوم وتصلى وتطوف ، وعن أحمد أنها تنتظر أقل الحيض ثم ان كانت تعرف شهرها وهو مخالف للشهر المعروف انتظرت ذلك من شهرها وان لم تعرف شهرها انتظرت من الشهر المعروف لانه الغالب ولا تخلو المتحيرة من أن تكون جاهلة بشهرها أو عالمة به فان كانت جاهلة بشهرها رددناها الى الشهر الهلالى فحيضناها فى كل شهر حيضة لحديث حمنة ولأنه الغالب فترد اليه كردها الى الست أو السبع وان كانت عالمة بشهرها حيضناها فى كل شهر من شهورها حيضة لان ذلك عادتها فترد اليها كما ترد المعتادة الى عادتها فى عدد الايام الا أنها متى كان شهرها أقل من عشرين يوما لم نحيضها منه أكثر من الفاضل عن ثلاثة عشر أو خمسة عشر يوما لانها لو حاضت أكثر من ذلك لنقص طهرها عن أقل الطهر ولا سبيل اليه . وهل تنتظر أيام حيضها من أول كل شهر أو بالتحرى والاجتهاد ؟ فيه وجهان :

أحدهما : تجلسه من أول كل شهر اذا كان يحتمل ولأن المبتدأة تجلس من أول الشهر مع أنه لاعادة لها فكذلك الناسية ولان دم الحيض دم جبلة والاستحاضة عارضة فاذا رأت الدم وجب تغليب دم الحيض .

الوجه الثانى : أنها تجلس أيامها من الشهر بالتحرى والاجتهاد وهذا قول أبى بكر وابن أبى موسى[1] .

مذهب الظاهرية :

يقول ابن حزم : فان لم تعرف وقت حيضها لزمها فرضا أن تغتسل لكل صلاة وتتوضأ لكل صلاة أو تغتسل وتتوضأ وتصلى الظهر فى آخر وقتها ثم تتوضأ وتصلى العصر فى أول وقتها ثم تغتسل وتتوضأ وتصلى المغرب فى آخر وقتها ثم تتوضأ وتصلى العتمة فى أول وقتها ثم تغتسل وتتوضأ لصلاة الفجر وان شاءت أن تغتسل فى أول وقت الظهر للظهر والعصر فكذلك لها وفى أول وقت المغرب والعتمة فذلك لها ، وتصلى كل صلاة لوقتها ولابد وتتوضأ لكل فرض ونافلة فى يومها وليلتها فان عجزت عن ذلك وكان عليها فيه حرج تيممت [2] .

---

(١) المغنى حـ ١ ص ٣٣٦ الى ٣٤٠ .
(٢) المحلي حـ ٢ ص ٢٠٨ ، ٢٠٩ .

مذهب الزيدية :

جاء فى البحر الزخار والمتحيرة الناسية لوقتها وعددها ، كمجنونة سنين استحيضت فيها ان ذكرت ابتداء الدم قدرت منه والا فان ذكرت لها حالة طهر قدرت فان لم . صلت وصامت واحترمت المسجد والمصحف والوطء والقراءة الا الصلاة ، واغتسلت لكل صلاة وقيل تكون من وقتها كالمبتدأة وهو قوى ما لم تتيقن مخالفة لقرائبها[1] ، وجاء فى موضع آخر فأما التى التبس وقتها وعددها وهل تخلط شهرا بشهر أم لا ... فان عرفت أنها لا تخلط شهرا بشهر تحيضت من ابتداء الدم عشرا لمجيئه وقت امكانه ، فان جهلت ابتداءه ، وعرفت تقدمه بعشر فصاعدا فآن كانت فى وسط الشهر صلت بالغسل الى آخر الشهر ثم بالوضوء فى أول كل شهر ثلاثة أيام بالغسل الى آخر الشهر تفعل كذلك مستمرا فى غير شهر الابتداء وتصوم هذه رمضان ثم تقضى منه واحدا وعشرين لتجويز العشر الاولى والاخرى منه حيضا ، والحادى والعشرين لجواز الخلط ، اذ يجوز ابتداؤه فى وسط اليوم فى أول الشهر فتوفى من الحادى عشرفيتم قضاؤها لمضى أربعة وأربعين من أول شوال لجواز كون أول شوال طهرا وأخره طهرا وبطلان صوم يوم العيد منه ويوم اخر لجواز الخلط فى العاشر وأول القعدة حيض فيبطل منه أحد عشر يوما لجواز الخلط فى الحادى عشر والثلاث بعده يصح القضاء فيها فيكمل

(١) البحر الزخار جـ ١ ص ١٤٠ .

القضاء بمضى أربعة عشر يوما من ذى القعدة[2]

مذهب الامامية :

يرى الامامية أن الاحوط رد المتحيرة الى أسوأ الاحتمالات ، ويتلخص حكمها عندهم فى عدة أمور هى :

الاول : منع الزوج من الوطء فان فعل فلا كفارة عليه .

الثانى والثالث منعها من قراءة العزائم ومنعها من المساجد ويشمل الدخول واللبث ومنعها من الطواف وأباحه لها بعضهم

الرابع أمرها بالصلاةوقيدها بعضهمبالفرائض .. ويرى البعض الآخر أن لها التنفل كالمتيمم وكذا الصوم المندوب والطواف . وهل تقضى الصلاة المفروضة ؟ عندهم وجوه ! أحدها عدم وجوبقضاء الصلاة ، وثانيها وجوب القضاء .

ثالثها : احتمال الوجهين .

الخامس : الغسل عند كل صلاة — أى مفروضة — لاحتمال الانقطاع ... ويجب أن توقع الغسل فى الوقت لانها طهارة ضرورية فأشبهت التيمم ولو أوقعته قبل الوقت فان انطبق أول الصلاة على أول الوقت وآخر الغسل جاز .

السادس : صوم جميع رمضان وقضاء أحد عشر يوما اذا علمت أنها لا تحيض فى الشهر الا مرة وقيل تقضى واحدا وعشرين ويقول العاملى قال علماؤنا تقضى صوم عشرة احتياطا والوجه قضاء أحد عشر .

السابع : أن المتحيرة لا يمكن أن تطلق الا على ما روى أنها تترك الصوم والصلاة فى كل شهر سبعة أيام وتصوم وتصلى فيما بعد[3] ،

(٢) البحر الزخار جـ ١ ص ١٤٢ .
(٣) لان الطلاق عندهم لا يقع فى الحيض .

وفى المنتهى أنه لا تنقضى عدتها الا بانقضاء ثلاثة أشهر لان الغالب أن المرأة ترى فى كل شهر حيضة ... ولا يراجعها زوجها الا قبل تسعة وثلاثين يوما ...

الثامن : اذا أرادت قضاء صلاة قضتها ثلاثا فتغتسل لانقطاع الحيض وتصليها أول طلوع الشمس مثلا من يوم وتفعل مثل ذلك قبل اكمال عشرة أيام أى يوم شاءت فى أى ساعة شاءت وتفعل مثل ذلك ثالثة فى مثل ذلك الوقت من الحادى عشر (١) .

مذهب الاباضية :

الاباضية يطلقون على المتحيرة اسم المبتلاة ، فقد جاء فى شرح النيل « وان تمادى بها — أى بالمبتدأة — بعد الانتظار انتسبت سنة ، تترك اثنى عشر وتصلى كما قالت من تنتسب اليها فاذا تمت السنة كانت مبتلاة لانها بانتسابها الى أمرأة كأنها تلك المرأة وكان وقت تلك المرأة وقتها بخلافها بعد فانها ابتليت بانعقاد علتها بحكم الشرع على مدة مخصوصة للحيض والطهر ويكون صلاتها أقل من حيضها تدع الصلاة اثنا عشر يوما وقيل أحد عشر وقيل ثلاثة عشر غاية الحيض ومدة الانتظار على الخلاف فيها وتصلى عشرة فهى مستحاضة تغتسل لكل صلاتين وتجمعهما وتغتسل للفجر وحده وان أفردت اغتسلت لكل صلاة حتى يفرج الله ما بها من علة وقيل ذلك الغسل مستحب والواجب غسل واحد بعد الاثنى عشر أو ما ذكر ولا انتساب لها فى الطهر سواء أكان لها وقت فى الحيض أم لا عند الربيع ولا انتظار لها وتصلى عشرة وتترك عشرة ... وهل يحكم بابتلائها بعد سنة أو سنتين أو ثلاث أو بثلاث مرات أو من أول حيضها ؟ خلاف والذى فى الديوان أنها اذا حاضت ثلاث مرات وانتسبت ثلاث مرات كانت مبتلاة تصلى عشرة وتترك اثنى عشر . وذكر فيه أن المبتلاة من أول وقتها أو من بعد ما كانت مستحاضة اذا رأت الطهر من بعد ماحاضت ثلاثة أيام أو أكثر الى عشرة فاغتسلت وصلت فانها تأخذ ذلك وقتا للحيض مثل التى لا وقت لها قبل ذلك ، وان غلطت بالزيادة أو النقصان فى وقت قريبتها أو غلطت قريبتها رجعت الى الصواب وأعادت لما تركت وتعيد ما صلت من وقت حيضها ومن تشاكل عليها وقت طهرها بعد ما كانت مبتلاة صلت عشرة وتركت اثنى عشر (٢) .

تداخل الاستحاضة مع الطهر والحيض التلفيق وما يتعلق به

مذهب الحنفية :

والطهر المتخلل بين الدمين فى مدة الحيض فهو كالدم المتوالى . وهذه احدى الروايات عن أبى حنيفة رحمه الله ووجهه أن استيعاب الدم مدة الحيض ليس بشرط بالاجماع فيعتبر أوله وآخره كالنصاب فى باب الزكاة وعن أبى يوسف رحمه الله وهو روايته عن أبى حنيفة وقيل هو آخر أقواله أن الطهر اذا كان أقل من خمسة عشر يوما لا يفصل وهو

(١) مفتاح الكرامة حـ ١ من ص ٣٦٣ الى حـ ٣٦٧ .

(٢) شرح النيل حـ ١ ص ١٨٠ ، ١٨١ ، ١٨٢

كله كالدم المتوالى لأنه طهر فاسد [١] .

مذهب المالكية :

جاء فى كفاية الطالب الربانى : أن الملفقة هى التى تقطع طهرها أى تخلله دم فصارت تحيض قبل تمام الطهر الفاصل ، وقد أشار اليها صاحب المختصر بقوله وان تقطع طهر لفقت أيام الطهر فقط على تفصيلها ثم هى مستحاضة وتغتسل كلما انقطع وتصوم وتصلى وتوطأ — قال بهرام ضمت أيام الدم بعضها الى بعض فان حصل معها ما يحكم بأنه أكثر الحيض صارت بعد ذلك مستحاضة ، وتغتسل كلما انقطع لانها لا تدرى هل يعاودها دم أم لا وتصوم وتصلى ولا فرق بين أن تكون أيام الدم أكثر أو أقل أو مساوية ، وقد علق العلامة العدوى على ذلك فقال ان كانت معتادة فتلفق عادتها واستظهارها وان كانت مبتدأة لفقت نصف شهر ، فالمراد بالاكثر هو القدر المتحصل من أيام عادتها واستظهارها المختلف ذلك باختلاف أحوال النساء — قال أحمد زروق والمراد من قولهم ان الدم المتخلل كله كدم واحد أنها تلفق أيام الدم بعضها الى بعض حتى تنتهى لما هو حكمها من عادة أو غيرها — ثم تكون بعد ذلك مستحاضة فاذا اجتمع من أيام الدم قدر عادتها والاستظهار أو خمسة عشر يوما كانت مستحاضة فى بقية عمرها كما هو مصرح به وتعتد عدة المستحاضة [٢] .

مذهب الشافعية :

يقول صاحب المهذب : اذا تخلل دم الاستحاضة طهر بأن رأت يوما وليلة دما ويوما وليلة نقاء وعبر الخمسة عشر فهى مستحاضة . وقال ابن بنت الشافعى الطهر فى اليوم السادس عشر يفصل بين الحيض وبين ما بعده فيكون الدم فى الخمسة عشر حيضا وفى النقاء الذى بينهما قولان فى التلفيق لانا حكمنا فى اليوم السادس عشر لما رأت النقاء بطهارتها وأمرناها بالصوم والصلاة . وما بعده ليس بحيض بل هو طهر فكان بمنزلة ما لو انقطع الدم بعد الخمسة عشر ولم يعد ، والمنصوص أنها مستحاضة اختلط حيضها بالاستحاضة [٣] .

مذهب الحنابلة : [٤]

يقول ابن قدامة التفليق ضم الدم الى الدم الذى بينهما طهر ... فاذا رأت يوما طهرا ويوما دما ولم يجاوز أكثر الحيض فانها تضم الدم الى الدم فيكون حيضا وما بينهما من النقاء طهر ... ولا فرق بين أن يكون زمن الدم أكثر من زمن الطهر أو مثله أو أقل منه مثل أن ترى يومين دما ويوما طهرا أو يومين طهرا ويوما دما أو أقل أو أكثر فان جميع الدم حيض اذا تكرر ولم يجاوز لمدة أكثر الحيض ، فان كان الدم أقل من يوم مثل أن ترى نصف يوم دما ونصفه طهرا أو ساعة وساعة فقال الأصحاب يضم الدم الى الدم فيكون حيضا وما بينهما طهر اذا بلغ المتجمع منه أقل الحيض فان لم يبلغ ذلك فهو دم

(١) الهداية مع الفتح جـ ١ ص ١١٩ .

(٢) كفاية الطالب الربانى جـ ١ ص ١٣٥، ١٣٦

(٣) من المجموع حـ ٢ ص ٤٩٩ .

(٤) المغنى حـ ١ ص ٣٦٦ فما بعدها .

فساد وفيه وجه آخر لا يكون الدم حيضا الا أن يتقدمه حيض صحيح متصل ... فان جاوز الدم أكثر الحيض بأن يكون بين طرفيه أكثر من خمسة عشر يوما مثل أن ترى يوما دما ويوما طهرا الى ثمانية عشر يوما فهى مستحاضة .

مذهب الظاهرية :

قال ابن حزم حكم التى كانت أيامها مختلفة متنقلة أن تبنى على آخر حيض حاضته [1] ، وهى فى الايام التى ينقطع عنها دم الحيض تعتبر طاهرا وأن أى دم تراه غير الدم الاسود لا يؤثر فى طهرها لانه دم استحاضة فاذا انقطع عنها الدم الاسود ولو ساعة فلتغتسل وتصلى [2] .

مذهب الزيدية :

جاء فى المنتزع المختار أن النقاء من الدم المتوسط أثناء خروج الدم نحو أن تدمى يوما وتنقى يوما بعده وتدمى فى الثالث فان النقاء المتوسط حيض شرعى وكذا لو دمت يوما ونقت ثمانيا ودمت العاشر فان الثمانى حيض .. وقال البعض لا يكون النقاء حيضا الا اذا توسط بين دمى حيض ــ ووجه هذا القول ان اليوم الاول لم يبلغ أقصى الحيض واليوم الآخر رأته بعد العشرة فيكون اليومان الاول والآخر استحاضة ــ وقيل لا فرق ، وثمرة الخلاف تظهر حيث ترى يوما دما وتسعة نقاء ويوما دما فعلى القول الثانى لا حيض وعلى القول الثالث القائل بعدم الفرق يكون اليوم الاول حيضا وكذلك التسع ــ والدم الذى يكون فى الحادى عشر استحاضة ــ وقد أضيف النقاء الى الحيض لانه لم يتم طهرا صحيحا [3] .

مذهب الامامية :

جاء فى مفتاح الكرامة : لو استمر الدم ثلاثة أيام وانقطع ورأته قبل العاشر وانقطع على العاشر فالدمان وما بينهما حيض ولو لم ينقطع عليه فالحيض الاول خاصة [4] . وحيث أنهم يقولون أن كل ما ليس بدم حيض ولا جرح فهو دم استحاضة فان هذا الدم الثانى هو دم استحاضة ، وفى شرائع الاسلام . لو رأت الدم قبل العادة وفى العادة فان لم يتجاوز العشرة فالكل حيض وان تجاوز جعلت العادة حيضا وكان ما تقدمها استحاضة وكذا لو رأت فى وقت العادة وبعدها ولو رأت قبل العادة وفى العادة وبعدها : فان لم يتجاوز العشرة فالجميع حيض ، وان زاد عن العشرة فالحيض وقت العادة والطرفان استحاضة ... ولو كانت عادتها فى كل شهر مرة عددا معينا فرأت فى شهر مرتين بعدد أيام العادة كان ذلك حيضا ولو جاءت فى كل مرة أزيد من العادة لكان حيضا اذا لم يتجاوز العشرة فان تجاوز تحيضت بقدر عادتها وكان الباقى استحاضة [5] .

(١) المحلى حـ ١ ص ٢١٥ .
(٢) المحلى حـ ١ ص ١٦٦ .

(٣) المنتزع المختار حـ ١ ص ١٥٠ وهامش نفس الصفحة .
(٤) مفتاح الكرامة حـ ١ ص ٣٤٥ ، ٣٤٦ .
(٥) شرائع الاسلام حـ ١ ص ٣٢ .

مذهب الاباضية :

جاء فى شرح النيل أن المرأة اذا رأت الدم ثم انقطع نظرت بين انقطاعه وعوده فان كان مقدار طهر تام فالدم الثانى حيض وان كان غير تام فحيضة ملتقطة فتضم الثانى للأول وتلغى ما بين ذلك من الايام فاذا تحصل من ذلك عادتها خاصة أو مع الاستظهار أو خمسة عشر يوما فهى حيضة ثم هى بعد ذلك مستحاضة ، وتغتسل المستحاضة الملفقة كلما انقطع ... وقيل وقتها عشرة بتلفيق الجميع ، أيام الدم وأيام الطهر ... ولا وقت لها عند مشترط الثلاثة فى البناء لانه لم يتقدم لها من الدم الا يوم أو يومان فلو تقدم لها ثلاث وصلت ستة وفى العاشر رأت دما كان وقتها أربعة وقيل عشرة بتلفيق أيام الدم والطهر جميعا[١] .

عدة المستحاضة

مذهب الحنفية :

جاء فى فتح القدير وممن ذكرنا من النساء اللاتى أنهن يعتددن بالاشهر .. المستحاضة التى نسيت عادتها ، فاذا قدرت بثلاثة أشهر علم أنها حاضت ثلاث حيض بيقين بخلاف التى لم تنس فانها ترد الى أيام عادتها فجاز كون عادتها أول الشهر فتخرج من العدة فى خمسة أو ستة من الثالث ويلاحظ أن اطلاقهم فى الانقضاء بثلاثة أشهر فى المستحاضة الناسية لا يصح الا اذا طلقها أول الشهر أما لو طلقها بعد ما مضى من الشهر قدر ما يصح حيضة ينبغى أن يعتبر ثلاثة أشهر غير باقى هذا الشهر ، ويجب فى التى بلغت مستحاضة مثل المستحاضة التى عادتها ثلاثة أشهر[٢] .

مذهب المالكية :

ذكر العلامة الدردير أن المرأة اذا استحيضت وقد ميزت بين الحيض والاستحاضة برائحة أو لون أو كثرة فتعتد بالاقراء ... وان لم تميز المستحاضة المطلقة بين الدمين ... تربصت تسعة من الاشهر استبراء لزوال الريبة لانها مدة الحمل غالبا — وتعتبر تلك التسعة من يوم الطلاق على ما فى المدونة — ثم اعتدت — بعد تلك التسعة — بثلاثة أشهر أخرى — وحلت بعد السنة — أى انقضت عدتها وحلت للازواج — حرة أو أمة[٣] .

ويرى المالكية أن المرأة المدخول بها اذا توفى عنها زوجها واستحيضت ولم تميز وارتابت — أى حصل لها ريبة فى حملها فانها تنتظر الحيضة والحال أنه قد مضى عليها من تاريخ الوفاة أربعة أشهر وعشرا — فان رأت الحيض بأن حصل لها تمييز حلت والا فانها تنتظر تسعة أشهر من يوم الوفاة لانها مدة الحمل غالبا فان زالت الريبة حلت والا تزل فأقصى مدة الحمل .

مذهب الشافعية :

جاء فى نهاية المحتاج .. وعدة مستحاضة غير متحيرة بأقرائها المردودة هى اليها حيضا وطهرا فترد معتادة لعادتها فيهما ومميزة

(١) شرح النيل حـ ١ ص ١٥٨ .

(٢) فتح القدير حـ ٤ ص ١٤٠ .

(٣) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى حـ ٢ ص ٤٧٠ ، ٤٧٥ وأقرب المسالك حـ ١ ص ٤٦٥ .

لتمييزها كذلك ومبتدأة ليوم وليلة فى الحيض وتسع وعشرين فى الطهر فعدتها تسعون يوما من أبتداء دمها ان كانت حرة لاشتمال كل شهر على حيض وطهر غالبا • قال الاذرعى ان المجنونة التى ترى الدم تعتد بالاشهر كالصغيرة وهذا هو الاصح لكن يتعين حمله على انبهام زمن حيضها وعدم معرفته اذ غايتها أن تكون حينئذ كالمتحيرة اما اذا عرف حيضها فتعتد به [1] •

مذهب الحنابلة : [2]

يقول ابن قدامة فى عدة المستحاضة انها لا تخلو اما أن يكون لها حيض محكوم به بعادة أو تمييز ولا تكون كذلك فان كان لها حيض محكوم به بذلك فحكمها حكم غير المستحاضة اذا مرت بها ثلاثة قروء فقد انقضت عدتها ، قال أحمد : المستحاضة تعتد أيام اقرائها التى كانت تعرف ، وان علمت ان لها فى كل شهر حيضة ولم تعلم موضعها فعدتها ثلاثة أشهر ، وان شكت فى شيء تربصت حتى تستيقن أن القروء الثلاث قد انقضت • وان كانت مبتدأة لا تمييز لها أو ناسية لا تعرف لها وقتا ولا تمييزا فعن أحمد فيها روايتان : احداهما ان عدتها ثلاثة أشهر وهو قول عكرمة وقتادة وأبى عبيد والرواية الثانية : تعتد بمنزلة من رفعت حيضتها لا تدرى ما رفعها • قال أحمد : اذا كانت قد اختلطت ولم تعلم اقبال الدم وادباره اعتدت سنة لحديث عمر لأن به يتبين الحمل ، وهو قول اسحاق لانها لم تتيقن لها حيضا مع انها من ذوات القروء فكانت عدتها سنة كالتى ارتفع حيضها • وعلى الرواية الاولى ينبغى أن يقال : اننا متى حكمنا بأن حيضها سبعة أيام من كل شهر فمضى لها شهران بالهلال وسبعة أيام من أول الثالث فقد انقضت عدتها وان قلنا القروء الاطهار فطلقها فى آخر شهر ثم مر لها شهران وهل الثالث فقد انقضت عدتها •

مذهب الظاهرية :

جاء فى المحلى : واما المستحاضة التى لا يتميز دمها ولا تعرف أيام حيضها فان كانت مبتدأة لم يكن لها أيام حيض قبل ذلك فعدتها ثلاثة أشهر لانها لم يصح عنها حيض قط فهى من اللائى لم يحضن فان كانت ممن كان لها حيض معروف فنسيته أو نسيت مقداره ووقته فعليها أن تتربص مقدارا توقن فيه أنها قد أتمت ثلاثة أطهار وحيضتين وصارت فى الثالثة ولابد ، فاذا مضى المقدار المذكور فقد حلت لانها من ذوات الأقراء بلا شك فعليها اتمام ثلاثة قروء واما اذا تميز دمها فأمرها بين اذا رأت الدم الاسود فهو حيض واذا رأت الاحمر أو الصفرة فهو طهر وكذلك التى لا يتميز دمها الا أنها تعرف أيامها فانها تعتد اذا جاءت أيامها التى كانت تحيض فيها حيضا ، وبأيامها التى كانت تطهر فيها طهرا وأما المستريبة فان كانت عدتها بالاقراء أو الشهور فأتمتها الا أنها تقدر أنها حامل وليست موقنة بذلك ولا بأنها ليست حاملا ، فهذه امرأة لم

---

(١) نهاية المحتاج وحاشية الشبراملس حـ ٦ ص ٢٠٠ •

(٢) المغنى حـ ٩ ص ١٠١ ، ١٠٢ .

توقن أنها من ذوات الاقراء قطعا ولا توقن أنها من ذوات الشهور حتما ولا توقن أنها من ذوات الاحمال بتا . هذه صفتها ولاشك نعلم ذلك حسا ومشاهدة فاذ هى كذلك فلا بدلها من التربص حتى توقن أنها حامل فتكون عدتها وضع حملها أو توقن أنها ليست حاملا فتتزوج أن شاءت اذا ايقنت أنها لا حمل بها لانها قد تمت عدتها المتصلة بما أوجبها الله تعالى من الطلاق . أما الاقراء واما الشهور ... وأقصى ما يكون التربص من آخر وطء وطأها زوجها خمسة أشهر فلا سبيل الى أن يتجاوزها الا وهى موقنة بالحمل أو ببطلانه لان رسول الله صلى الله عليه وسلم أخبر أنه بعد أربعة أشهر ينفخ فيه الروح واذا نفخ فيه الروح فهو حى واذا كان حيا فلابد له ضرورة من حركة . وأما المختلفة الاقراء فلابد لها من تمام اقرائها بالغه ما بلغت لاحد لذلك لان الله تعالى أوجب عليها أن تتربص ثلاثة قروء ولم يجعل الله تعالى لذلك حدا محدودا « ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه »[1] .

مذهب الزيدية :

جاء فى المنتزع المختار أن المستحاضة عليها أن تتحرى للعدة والصلاة .. فان حصل لها ظن بتمييز الحيض من الطهر عملت به وان لم يحصل لها ذلك . فقيل تعتد بثلاثة أشهر ، لان الغالب فى الحيض أنه يأتى فى الشهر مرة . وهذا الرأى قوى اذا كانت عادتها أن الدم يأتيها فى الشهر مرة ثم التبس فى أى وقت منه .. وأما من علمت أن حيضتها تأتى فى كل شهر مرة وانما نسيت تعيين الوقت فانها تعتد بثلاثة أشهر على الاصح ... وأما اذا جهلت العدد فانها تنتظر فى الحيضة الثالثة أكثر الحيض وهو عشرة أيام ولا تتحرى ولها فى جميع العشرة النفقة والكسوة ، وله مراجعتها فيها لان الاصل عدم مضى العدة . هذا فى المعتادة .. وأما اذا كانت مبتدأة واستحيضت ، ثم طلقت فانها ترجع الى عادة قرائبها من قبل أبيها[2] .

مذهب الامامية :

روى صاحب كتاب من لا يحضره الفقيه عن أبى عبيد الله عليه السلام أنه قال : عدة المستحاضة التى لا تطهر ثلاثة أشهر . وسأله محمد بن مسلم عن عدة المستحاضة فقال تنتظر قدر اقرائها فتزيد يوما أو تنقص يوما فان لم تحض فلتنتظر الى بعض نسائها فلتعتد باقرائها[3] .

مذهب الاباضية

يقول شارح النيل فى باب العدة والمستحاضة تحسب أيام ترك الصلاة حيضا فاذا تمت ثلاث حيض تزوجت ، ومن قال بالتمييز يأمرها أن تحسب أيام ترك الصلاة بتمييزها دم الحيض عن الاستحاضة ، وان لم تميز مكثت تسعة أشهر للحمل وثلاثة كما تمكث الآيسة ثلاثة وتزوجت[4] .

(١) المحلى حـ ١٠ ص ٢٦٨ ، ٢٦٩ .

(٢) المنتزع المختار حـ ٢ ص ٤٦٦ ، ٤٦٧ وهامش نفس الصفحتين .

(٣) من لا يحضره الفقيه حـ ٣ ص ٤٤٥ ، ٤٤٦ الاجزاء الاربعة فى مجلد واحد طبعة سنة ١٣٧٦ هـ .

(٤) شرح النيل حـ ٣ ص ٥٨٠ .

الأعــــلام

روعى فى ترتيب الأعلام أن تكون مجردة عن ابن وأب وأم وال التعريف .

وما نشر من الاعلام بالأجزاء السابقة اكتفينا هنا بالاشارة الى موضعه فيها .

بسم الله الرحمن الرحيم

حرف الالف

الآمدى : انظر جـ ١ ص ٢٤٧

ابراهيم النخعى : انظـــر « النخعى » جـ ١ ص ٢٧٩

الابيض بن جمال : انظر جـ ٤ ص ٣٥٩

ابن الأثير : انظر جـ ١ ص ٢٤٧

الأجهورى : انظر جـ ٣ ص ٣٣٥

الامام احمد : انظر « ابن حنبل » جـ ١ ص ٢٥٥

احمد بن الحسن : المؤيد بالله

أحمد بن حمدان الأذرعى المتوفى سنة ٧٨٣ هـ :
أحمد بن حمدان بن أحمد بن عبد الواحد أبو العباس شهاب الدين الأذرعى . فقيه شافعى ولد بأذرعات بالشام وتفقه بالقاهرة ، وولى نيابة القضاء بحلب ، وراسل السبكى بالمسائل « الحلبيات » وهى فى مجلد وجمعت « فتاويه » فى رسالة وله « جمع التوسط والفتح ، بين الروضة والشرح » عشرون مجلدا . وشرح المنهاج شرحين أحدهما « غنية المحتاج » ثمانى مجلدات ، والثانى «قوت المحتاج » ثلاثة عشر جزءا وفى كل منهما ما ليس فى الاخر .

ثم استقر فى حلب الى أن توفى . وكان لطيف العشرة كثير الانشاد للشعر وله نظم قليل .

احمد بن زروق : انظر « زروق » جـ ٣ ص ٣٤٤

احمد بن عيسى : انظر جـ ٤ ص ٣٥٩

احمد بن القاسم : أبو العيش احمد بن القاسم ابن كنون بن محمد من أدارسة المغرب توفى سنة ٣٤٨ هـ تولى الريف بعد أبيه سنة ٣٣٧ وكان متفقها ورعـــا عارفا بالسير واخبار الملوك وله وقائع ومغازى

ابن ادريس : انظر جـ ٢ ص ٣٤٣

ابن ادريس المتوفى سنة ١٩٢ هـ : أبو محمـــد عبد الله بن ادريس الازدى الـــكوفى الحافظ العابد ، روى عن حصين بن عبد الرحمن وطبقته وقد روى عن مالك مع تقدمه وجلاله ، قال أحمد بن حنبل: كان عبد الله بن ادريس نسيج وحده ، وقال أبو حاتم هو امام من أئمة المسلمين وقال غيره : لم يكن بالكوفة أعبد منه عاش اثنتين وسبعين سنة .

الأذرعى : أحمد بن حمدان « شهاب الدين ».

حـــرف البـــاء

حرف التـاء

حرف الثـاء

أبو الحسن ـــ المتوفى سنة ٩٣٩ هـ : هو على بن محمد بن خلف المنوفى بلدا المصرى مولدا ولد بالقاهرة فى ١٣ رمضان سنة ٨٥٧هـ وتوفى يوم السبت ١٤ صفر سنة ٩٣٩ هـ وصلى عليه بالجامع الازهر ودفن بالقرب من باب الوزير كما ذكره الفيشى اخـذ الفقه عن الشيخ على السنهورى ، واخذ النحو وغيره عن الكمال بن ابى شريف ولازم الجلال السيوطى واخذ عنه وله تآليف شتى فى الفقه والعقيدة .

ابن حزم : انظر جـ ١ ص ٢٥٤

الحسن : انظر جـ ٢ ص ٣٤٩

أبو الحسن المرزبان ـــ المتوفى سنة ٣٦٦ هـ : على بن احمد بن المرزبان من بغداد هو أحد أركان المذهب ورفعائه ، تفقه على أبى الحسن بن القطان ودرس عليـه أبوحامد الاسفرايينى قال الشيخ ابو اسحاق عنه كان فقيها ورعا وحكى عنه أنه قال : ما أعلم لأحد على مظلمة .

الحسن البصرى : انظر جـ ١ ص ٢٥٤

أبو الحسن الكرخى : انظر « الكرخى » جـ ١ ص ٢٧٣

الحسن بن محبوب السراد : ويقال له الزراد ويكنى أبا على مولى بجيلة ، كوفى ثقة روى عن أبى الحسن الرضا وروى عن ستين رجلا من أصحاب أبى عبدالله ، وكان جليل القدر ، ويعد من الاركان الاربعة فى عصره ولـه كتب كثيرة منهـا كتاب المشيخة ، وكتاب الحدود ، وكتاب الديات وكتاب الفرائض ، وكتاب النكاح ، وكتاب الطلاق ، وكتاب النوادر نحو الف ورقة، وزاد ابن النديم ، كتاب التفسير ، وكتاب العتق ، رواهما أحمد بن محمد بن عيسى وغير ذلك مات عن خمس وسبعين سنة .

الحسنى ـــ المتوفى سنة ٨٢٦ هـ: محمد بن أحمد ابن على بن محمـد بـن ادريس بـن الحسن بن على بن أبى طالب الحسنى الفاسى الامام الحـافظ المؤرخ قاضى القضاة المالكى ولد فى ربيع أول سنة ٧٧٥ هـ بمكة المشرفة ورحل الى الديار المصرية والشامية واليمنية وسمع من كثيرين منهم البلقينى وابن الملقن واجيز بالافتاء والتدريس على مذهب مالك ومن مصنفاته : شفاء الغرام بأخبار البلد الحرام وتحفة الكرام بأخبار البلد الحرام وترويح الصـدور بطيبات الزهـور ، والزهور المقتطفة من تاريخ مكة المشرفة، والعقد الثمين فى تاريخ البلد الامين ، وعجالة القرى فى تاريخ أم القرى وبغية أهل البصارة فى ذيل الاشارة ، وارشاد الناسك الى معرفة المناسك على مذهب الامامين الشافعى ومالك .

الحسين المعتزلى : انظر جـ ٣ ص ٣٤١

الحصكفى : انظر جـ ١ ص ٢٥٤

الحطاب : انظر جـ ١ ص ٢٥٤

الحكم بن مسكين : أبو محمد الكوفى ـــ مولى ثقيف مكفوف كثير الرواية ولم يرد فيه طعن .

ابن الحلبى ـــ المتوفى سنة ٨٤١ هـ : الحـافظ أبو الوفاء ابراهيم بن محمد بن خليل الطرابلسى الاصل الشافعى ، ويعرف بالبرهان الحلبى أو بابن المقوف وقد ولد

سنة ٧٥٣ هـ وسمع جماعة من أصحاب الفخر وغيرهم وله تصانيف منها شرح البخارى وشرح الشفاء لعياض ، ومن مؤلفاته تعليق على صحيح البخارى ، التنقيح لفهم قارىء الصـــحيح ، نور النبراس على سيرة ابن سيد الناس ، حواشى على سنن ابن ماجه ، ونقصان النقصان فى معيار الميزان والتبين لاسماء المدلسين وغيرها وقد توفى سنة ٨٤١ بحلب ودفن بها .

حمـــاد : أنظر جـ ١ ص ٢٥٥

حماد بن سلمة : أنظر جـ ١ ص ٢٥٥

حمديس ــ المتوفى سنة ٢٨٩ هـ : أبو جعفــر حمد يس : هو أحمد بن محمد الاشعرى من ولد أبى موسى الاشعرى رضى الله عنه ويعرف بحمديس القطان الامـــام الفقيه الفاضل الثقة العالم العامل تفقه بسحنون وغيره له رحلة للمشرق أخـــذ فيها عن أصحاب ابن القاسم وابن وهب وغيرهما وعنه أخذ جماعة منهم ابناللباد والابيانى كان يكره فعل الذين يجتمعون للميعاد ويضربون صدورهم ويقول لوكان لى من الامر شىء لنفيتهم من المنستير ، روى أنه لمـــا اعتل دعى اليه طبيب فلما رآه تبسم وقال ما أقبح المخالفة بعـــد الموافقة من أراد الله به حالا وأراد غيرها اليس قد خالف وأنشد : بيد الله دوائى . هو الذى يعلم دائى ، انمـــا أظلم نفسى باتباعى لهوائى : مولـــده سنة ٢٣٠ .

أبو حمزة : أنظر جـ ٢ ص ٣٥٠

حمنة بنت جحش : حمنـــة بنت جحش بن رئاب بن يعمر بن مرة ابن أسد بن خزيمة أخت زينب بنتجحش أم المؤمنين وهى أم محمد بن طلحة بن أبى عبـــد الله ابن عثمان بن كعب وأم عمران بن طلحة ، وأمها أميمة بنت عبد المطلب بن هاشم القرشية .

الحموى : أنظر جـ ٢ ص ٣٥٠

حنبـــل : أنظر جـ ٢ ص ٣٥٠

أبو حنيفة : أنظر جـ ١ ص ٢٥٥

حـــرف الخـــاء

الخرش : أنظر جـ ٢ ص ٣٥٠

الخرقى : أنظر جـ ١ ص ٢٥٦

الخصاف : أنظر جـ ١ ص ٢٥٦

الخضرى : المتوفى فى عشر سنة ٣٨٠ هـ .

أبو عبد الله محمـــد بن أحمد الخضرى المروزى الفقيه ، الشافعى ، أمام مرو ومقدم الفقهاء الشافعية ، صحب ابابكر الفارسى وكان من أعيان تلامذة أبى بكر القفال الشاشى وأقام بمرو ناشرا فقـــه الشافعى وكان يضرب به المثل فى قوة الحفظ وقـــلة النسيان وله فى المواهب وجوه غريبة نقلها الخراسانيون عنـــه ،

أبو الخطاب : أنظر جـ ١ ص ٢٥٦

الخطيب الحافظ : المتوفى سنة ٧٧٢ هـــالحافظ ابن محمد بن محمد بن عبد الرحيم بن عبد الوهاب بن على السلمى البعلبكى المعـــروف باسم تقى الدين ابو ذر بن الخطيب ولد فى سنة ٧٠٩ هـ وكان أماما متفننا كاتبا وناب فى الحكم ببلده وخطب

بجامعها وسمع من المزى والذهبىوجمع من المحدثين ومات ببعلبك سنة ٧٧٢هـ

الخطيب الشربينى : أنظر جـ ١ ص ٢٥٦

الخفاجى المتوفى سنة ١٠٦٩ هـ : الشهاب أحمد ابن محمد بن عمر شهاب الدين الخفاجى المصرى قاضىالقضاة وصاحب التصانيف فى اللغة والادب وله حاشية على البيضاوى ولد سنة ٩٧٧ هـ وتوفى بمصر سنة ١٠٦٩ هـ تولى القضاء فى مصر وغيرها .

الخفاجى المتوفى سنة ١٣٣٠ هـ : نافع بن الجوهرى بن سليمان بن حسنالخفاجى من أهل تلبانة من قرى المنصورة بمصر ولد سنة ١٢٥٠ هـ ، تعلم بالازهر وله كتب ورسائل ما زالت مخطوطة منها تنوير الاذهان فى علم البيان ومطالع الافكار فى المنطق والسر المكتوم،ومروج الذهب وغير ذلك مات ببلده سنة ١٣٣٠ هـ .

الخلال : أنظر « غلام الخلال » جـ ١ ص ٢٧٠

خليل : أنظر « خليل بن اسحاق » جـ ١ ص ٢٥٦

الخنساء بنت حزام الانصارية : انظر جـ ١ ص ٢٥٦

حرف الدال

الدار قطنى : أنظر جـ ١ ص ٢٥٧

الدارمى المتوفى سنة ٢٥٥ هـ : ابو محمدعبدالله ابن عبد الرحمن بن الفضل بن بهرام التميمى الدارمى السمرقندى ولد سنة ١٨١ هـ من حفاظ الحديث سمع بالحجاز ومصر والشام والعراق وخراسان من كثيرين . وتولى القضاء فى سمرقند فاستعفى بعد قضية واحدة وله المسند فى الحديث وكتاب التفسير والجامع الصحيح .

ممن اسمه الدارمى : أبو الفرج محمد ابن عبد الواحد البغدادى ولد سنة ٣٥٨ هـ ووفاته سنة ٤٤٩ هـ من فقهاء الشافعية وله جامع الجوامع ومطول المبسوط والاستذكار .

أبو داود : أنظر جـ ١ ص ٢٥٧

الدردير : أنظر جـ ١ ص ٢٥٧

ابن درستويه المتوفى سنة ٣٤٧ هـ : أبو محمد عبد الله بن جعفر بن محمد بن محمد بن درستويه ابن المرزبان ولد سنة ٢٥٨ هـ وله تآليف ووفاته فى بغداد .

الدسوقى : أنظر جـ ١ ص ٢٥٧

حرف الراء

الراغب المتوفى سنة ٥٠٢هـ: الراغبالاصفهانى الحسين بن محمد بن المفضل أبو القاسم الاصفهانى أو الاصبهانى سكن بغداد وله جامع التفاسير أخذ عنه البيضاوى، والمفردات فى غريب القرآن وحل متشابهات القرآن وتحقيق البيان وكتاب الاعتقاد والذريعة الى مكارم الشريعة وغيرها .

الرافعى : أنظر جـ ١ ص ٢٢٨

الربيع : أنظر جـ ٣ ص ٣٤٤

ربيعة بن عبد الرحمن : ابن حصن الغنوى — روى عن جدته سراء بنت نبهان ولها صحبة ، حديثا واحدا فى حجة الوداع

حــرف الضــاد

الضحاك : ابن قيس الفهرى القرشى من صغار الصحابة كان مع معاوية فولاه الكوفة وهو الذى صلى على معاوية وقام بخلافته حتى قدم يزيد واظهر الضحاك بيعة ابن الزبير وهو بدمشق ، فشد على مروان فانهزم الضحاك ومن معه . وقتل الضحاك .

الضحاك المتوفى سنة ١٠٦ هـ : ابن مزاحم الهلالى — روى عن ابن عمر . وابى هريرة وابى سعيد وانس وغيرهم وقيل لم يثبت سماعه لاحد من الصحابة — ثقة مأمون لقى سعيد بن جبير فأخذ عنه التفسير .

حــرف الطــاء

ابن طاووس المتوفى سنة ١٣٢ هـ : عبدالله بن طاووس بن كيسان اليمانى مولى أبناء الفرس ونسبه الكلاباذى : ويقال الهمدانى الخولانى اليمانى . وكان فقيها جليلا وممن حمل عنه الحديث وولى القضاء بعد والده وكان لعبد الله ابن طاووس ابنان فقيهان : محمد وطاووس مات سنة ١٣٢ هـ سنة ولاية ابى العباس وبدء دولة العباسيين .

حــرف العــين

ابو العالية المتوفى سنة ٩٣ هـ : السياحى مات سنة ٩٣ تابعى رفيع بن مهران البصرى الفقيه المقرى مولى — راى ابابكر وقرا القرآن على أبى بن كعب وسمع عليا وعائشة وعنه كثيرون .

ابن عباد المتوفى سنة ١٨١ هـ : عباد بن عبادبن حبيب بن المهلب بن ابى صفرة من الأزد ويكنى ابا معاوية وكان معروفا بالطب حسن الهيئة ولم يكن بالقوى فى الحديث.

عبد الرحمن المهدى المتوفى سنة ١٩٨ هـ : هو عبد الرحمن بن مهدى . — أبو سعيد البصرى — مولى ازد . ولد سنة ١٣٥هـ وسمع هشام الدستوائى وشعبة وغيرهما وعنه احمد بن حنبل واسحاق وغيرهما وكان من العباد وكان ورده كل ليلة نصف القرآن مات فى جمادى الآخرة .

وشرح الجامع الـكبير وشرح الجـامع الصغير ، وأصول الفقه المشهور وتفسير القرآن فى مائة وعشرين جزءا ولـد فى حدود سنة ٤٠٠ هـ ومات فى ٥ رجب سنة ٤٨٢ هـ وحمل موته الى سمرقند . قال فى الجواهر المضيئة وفخر الاسلام يطلق على جماعة وعند الاطلاق يراد به الامام على البزدوى .

الفراء المتوفى سنة ٤٥٨ هـ : كثيرون اشهرهم : القاضى أبو يعلى محمد بن الحسـين الفراء الحنبلى الشيخ الامام علامة زمانه ولد فى المحرم سنة ٣٨٠ هـ حضر الى بغداد عاصمة الخلافة سـنة ٤٣٢ هـ وولى القضاء بهاواهم مصنفاته واشهرها الأحكام السلطانية . ومنهـا احـكام القرآن . ونقل القــرآن . وايضـاح البيان . ورسائل الايمــان . والمعتمـد والمقتبس ، ومختصرهمـا . وعيـون المسائل . والرد على الاشعرية . والرد على الكرامية . والرد على السالمية . والرد على المجسمة وابطال التـأويلات لأخبار الصفات ومختصره . والـكلام فى حروف المعجم والقطع على خـلود الكفار فى النار . واربع مصـنفات فى أصول الديانــات . واثبـات امامـة الخلفاء الاربعـة . وتبرئة معاويـة . والخلاف الكبير والرســالة الى امـام الوقت . والعدة فى اصـول الفقـه . ومختصره . والكفاية فى أصول الفقه ، ومختصره . وفضائل أحمد . ومختصره فى الصـيام . وكتاب الطب . وكتـاب اللباس . والأمر بالمعروف وشروط أهل الذمة . والتوكل . وذم الغناء . وابطال الحيل . والمجرد فى المذهب . وشرح الخرقى وشرح المذهب . والخصـال والاقسام . وتكذيب الخيايرة فيما يدعونه من اسقاط الجـزية . والاختـلاف فى الذبيح . وتفضيل الفقـر على الغنى وفضل ليلة الجمعة على ليلة القدر وكان كثير التعبد يختم الختمة فى المسـجد كل ليلة جمعة وقد مات فى ١٩ من رمضان سنة ٤٥٨ هـ ببغداد .

أبو الفرج ـــ المتوفى سنة ٣٩٠ هـ : القاضى أبو الفرج بن زكريا بن يحيى بن حميد بن حماد بن داود المعـروف بابن طـرار الجريرى النهـروانى كان فقيها أديبـا شاعرا عالما بكل فن ولى القضاء ببغداد بباب الطـاق نيـابة عن ابن صـبر القاضى وروى عن جماعة من الائمة منهم أبو القاسم البغوى وابو بكر بن داود وكان ثقة مأمونا فى روايته وكانت ولادته يوم الخميس لسبع خلون من شهر رجب سنة ٣٠٣ ، ٣٠٥ هـ وله تصانيف مقدمة فى الادب وغيره ومات يوم اثنين الثامن عشر مـن ذى الحجـة سـنة ٣٩٠ هـ بالنهروان .

ابن القاسم : انظر ج ١ ص ٢٧١ .

حرف القــاف

ابن القاسم : انظر ج ١ ص ٢٧

القاسم : انظر ج ١ ص ٢٧١

القاضى : انظر ج ٢ ص ٣٦١

ابن القاضى : انظر « أبـو العبـاس » ج ٤ ص ٣٦٧

الأصبهانى المدينى أبو موسى من حفاظ الحديث المصنفين فيه مولده ووفاته فى أصبهان ، من كتبه : الاخبار الطوال واللطائف فى الحديث وتتمة معرفة الصحابة .

ابن ميمون : عبد الرحمن بن أبى عبد الله ميمون البصرى وأصله من الكوفة عربى من كنده أو مولاهم وقد روى أبوه ميمون عن عبد الله ابن عباس وعبد الله بن عمرو البراء وغيرهم .

حرف النون

ابن ناجى ــ المتوفى سنة ٨٣٧ هـ : قاسم بن عيسى بن ناجى التنوحى القيروانى.فقيه مالكى من أهل القيروان تعلم فيها وولى القضاء فى عدة أماكن له كتب منها « شرح المدونة » و « زيادات على معالم الايمان وشرح رسالة ابن أبى زيد القيروانى » و « مشارق أنوار القلوب » وشرح التهذيب للبرادعى مات سنة ٨٣٧ هـ .

الناصر : أنظر جـ ١ ص ٢٧٨

نافع : أنظر جـ ١ ص ٢٧٨

ابن نجيم : انظر جـ ١ ص ٢٧٩

النخعى : أنظر جـ ١ ص ٢٧٩

النسائى : انظر جـ ١ ص ٢٧٩

نصر بن سلام : روى عن عمر بن الهيثم الهاشمى وعنه أبو جعفر حمدون بن عمارة البغدادى البزاز .

النووى : انظر جـ ١ ص ٢٧٩

حرف الهاء

الهادى : انظر جـ ١ ص ٢٨٠

أبو هريرة : أنظر جـ ١ ص ٢٨٠

هشام بن عروة : انظر جـ ١ ص ٢٨٠

هلال : انظر جـ ٢ ص ٣٦٦

هند بنت المهلب : هند بنت المهلب بن أبى صفرة الازدى كانت تحت الحجاج ولكنه طلقها لحزنها على أخيها يزيد الذى عذبه الحجاج ، وكان يقال على هند انها أشرف ايم بالبصرة ، تعلمت أمور دينها من جابر بن زيد الازدى .

الهندوانى : « انظر أبو جعفر » جـ ١ ص ٢٨٠

حرف الواو

وائل بن حجر : انظر جـ ٤ ص ٣٧٤

وكيع : انظر جـ ٤ ص ٣٧٤

ابن وهب : انظر جـ ٢ ص ٣٦٦

حرف الياء

ياسين : ياسين هو الضريرالبصرى ، له كتاب، أخبرنا به جماعة عنأبى جعفر ابنبابويه ومحمد بن الحسن عن سعد والحميرى، عن محمد بن عيسى بن عبيد عنه .

الامام يحيى : انظر جـ ١ ص ٢٨٠

يحيى الانصارى : انظر جـ ٤ ص ٣٧٤ .

أبو يوسف : انظر جـ ١ ص ٢٨١

ابن يونس : انظر جـ ١ ص ٢٨١

يونس بن يعقوب : يونس بن يعقوب بن قيس أبو على الجلاب البجلى الدهنى أمه منية بنت عمار بن أبى معاوية الدهنى اختص بأبى عبد الله وأبى الحسن كان يسكن العراق له كتاب أخبرنا به جماعة عن أبى الفضل عن ابن بطنه عن غيره .

فهرس الموضوعات

استثناء

(١٩٨ ـ ٣٠٣)

استجرار

(٣٠٣ ـ ٣٠٧)

استجمار

(٣٠٧ ـ ٣١١)

استحاضة

(٣١١ — ٣٥٩)

الأعلام

(٣٦١ — ٣٨٠)

الموضوعات

(٣٨١ — ٣٨٦)